



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 2000 Vol. 1

1^{er} cahier, 2000 Vol. 1

Cited as [2000] 1 S.C.R. 3-206

Renvoi [2000] 1 R.C.S. 3-206

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêviste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN

KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes
RICHARD BERBERI
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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.

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.

CONTENTS

Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island 3

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Educational facility — Location of minority language schools — Right of management and control over educational facility — Whether minority language educational rights in s. 23 of Charter include right to instruction in educational facility located in specific area where numbers warrant provision of minority language instruction — Delineation of right of management and control exercised by minority language board regarding location of minority language schools — Minister of Education's discretion to approve board's decisions regarding minority language educational services.

Kovach v. British Columbia (Workers' Compensation Board) 55

Workers' compensation — Limitation of right of action — Employee's back injured in course of employment — Employee experiencing continuing back pain — Doctor who operated on employee providing substandard treatment — Employee's action in negligence against doctor barred by workers' compensation legislation.

Lindsay v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board) 59

Workers' compensation — Limitation of right of action — Employee's lungs injured in mining accident — Employee suffering second injury to his lungs three months later during biopsy surgery to assist in diagnosis and treatment of work injury — Employee's action in negligence against doctors and health board barred by workers' compensation legislation.

Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General) 44

Practice — Supreme Court of Canada — Fresh evidence — Motion to introduce fresh evidence of legislative fact — Traditional test for admission of fresh evidence on appeal applicable — Fresh evidence test not met — Lack of due diligence to adduce part of fresh evidence — Fresh evidence not related in any precise way to propositions for which it is sought to be adduced — Fresh evidence could not affect result — Motion dismissed.

Practice — Supreme Court of Canada — Fresh evidence — Due diligence — Motion to introduce fresh evidence cannot be justified solely on basis that new jurisprudence has given relevance to evidence available but not adduced at trial.

Practice — Supreme Court of Canada — Fresh evidence — Applicants seeking to introduce fresh evidence of legislative fact over objection — Controversial evidence — Fairness suggesting that applicants should be precise as to points sought to be established by fresh evidence and what is relied on in support thereof — Precision allowing court to better evaluate

Continued on next page

SOMMAIRE

Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Établissement d'enseignement — Emplacement des écoles de la minorité linguistique — Droit de gestion et de contrôle des établissements d'enseignement — Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité prévus à l'art. 23 de la Charte comprennent-ils le droit à l'instruction dans un établissement d'enseignement situé dans la région même où le nombre justifie la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité? — Détermination du droit de gestion et de contrôle exercé par la commission scolaire de la langue de la minorité en ce qui a trait à l'emplacement des écoles de la minorité linguistique — Pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Éducation d'approuver les décisions de la commission concernant les services d'enseignement dans la langue de la minorité.

Kovach c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) 55

Accidents du travail — Restriction au droit d'action — Employé blessé au dos dans l'exercice de ses fonctions — Employé éprouvant constamment des douleurs au dos — Employé soumis à un traitement de qualité inférieure par le médecin qui l'a opéré — Loi sur les accidents du travail interdisant l'action pour négligence intentée par l'employé contre le médecin.

Lindsay c. Saskatchewan (Workers' Compensation Board) 59

Accidents du travail — Restriction au droit d'action — Employé blessé aux poumons lors d'un accident dans une mine — Employé blessé une deuxième fois aux poumons trois mois plus tard pendant une biopsie effectuée en vue d'établir un diagnostic et de traiter la blessure survenue au travail — Loi sur les accidents du travail interdisant l'action pour négligence intentée par l'employé contre les médecins et le conseil de santé.

Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général) 44

Pratique — Cour suprême du Canada — Nouveaux éléments de preuve — Requête en production de nouveaux éléments de preuve relativement à un fait législatif — Applicabilité du critère traditionnel concernant la recevabilité de nouveaux éléments de preuve — Exigences du critère non respectées — Manque de diligence dans la production des nouveaux éléments de preuve — Absence de lien précis entre ces nouveaux éléments et les allégations qu'ils sont censés appuyer — Nouveaux éléments non susceptibles d'influencer le résultat — Requête rejetée.

Pratique — Cour suprême du Canada — Nouveaux éléments de preuve — Diligence raisonnable — Une requête en production de nouveaux éléments de preuve ne peut être justifiée uni-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

importance and weight of fresh evidence and enabling opposing counsel to evaluate extent of controversy posed by fresh evidence — Fresh evidence motion should include draft of paragraphs to be inserted in factum, with supporting references, in event motion successful.

Evidence — Fresh evidence — Motion to introduce fresh evidence of legislative fact — Concept of “legislative fact” not excuse to put before court controversial evidence without providing proper opportunity for its truth to be tested.

R. v. Bunn..... 183

Criminal law — Sentencing — Legislative amendment — Accused sentenced to two years' incarceration — New legislation introducing conditional sentencing regime after trial but before appeal — Conditional sentence available when sentence of less than two years imposed — Whether accused eligible to conditional sentence on appeal.

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Lawyer convicted of breach of trust — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional sentence for two-year penitentiary term imposed by sentencing judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

R. v. L.F.W..... 132

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused convicted of indecent assault and gross indecency and receiving 21-month conditional sentence — Whether Court of Appeal erred in affirming trial judge's decision to impose conditional sentence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

R. v. Proulx 61

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused pleading guilty to dangerous driving causing death and dangerous driving causing bodily harm and receiving sentence of 18 months of incarceration — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional custodial sentence for jail term — Proper interpretation and application of conditional sentencing regime — Distinction between conditional sentence of imprisonment and suspended sentence with probation — Meaning of “safety of the community” — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 742.1, 742.3.

R. v. R.A.R. 163

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused convicted of one count of sexual assault and two counts of common assault — Sentencing provisions and relevant facts changing after trial but prior to sentence appeal — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional sentence for jail term — Review of sentence imposed by Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

quement par le fait qu'une nouvelle décision judiciaire vient rendre pertinente une preuve qui était disponible au moment du procès.

Pratique — Cour suprême du Canada — Nouveaux éléments de preuve — Requérants demandant à produire de nouveaux éléments de preuve relativement à un fait législatif — Requête contestée — Éléments de preuve controversés — L'équité commande que les requérants précisent ce qu'ils entendent établir au moyen des nouveaux éléments de preuve et lesquels parmi ces éléments seront invoqués au soutien de leur thèse — Ces précisions permettent au tribunal de mieux évaluer l'importance et la valeur probante des nouveaux éléments de preuve, en plus de permettre aux avocats de la partie adverse de déterminer dans quelle mesure ces nouveaux éléments prêtent à la controverse — La requête en production de nouveaux éléments de preuve devrait être accompagnée de l'ébauche des paragraphes qui seront intégrés au mémoire, avec références à l'appui, si la requête est accueillie.

Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Requête en production de nouveaux éléments de preuve relativement à un fait législatif — Le concept de «fait législatif» ne peut être invoqué pour présenter au tribunal un élément de preuve controversé sans donner la possibilité d'en contester la véracité.

R. c. Bunn..... 183

Droit criminel — Détermination de la peine — Modification législative — Accusé condamné à deux ans d'incarcération — Nouvelles dispositions législatives établissant après le procès mais avant l'appel de la peine le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement — Sursis à l'emprisonnement applicable lorsqu'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans est infligée — L'accusé était-il admissible en appel à l'emprisonnement avec sursis?

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Avocat déclaré coupable d'abus de confiance — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une peine d'emprisonnement avec sursis à la peine de deux ans d'incarcération infligée par le juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

R. c. L.F.W..... 132

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur et de grossière indécence et condamné à une peine d'emprisonnement de 21 mois avec sursis — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de prononcer l'emprisonnement avec sursis? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

R. c. Proulx 61

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — L'accusé a plaidé coupable à une accusa-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Sentencing — Legislative amendments — Accused convicted of one count of sexual assault and two counts of common assault — Sentencing provisions changing after trial but prior to sentence appeal — Whether accused entitled to benefit from new sentencing provisions — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e).

R. v. R.N.S...... 149

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused convicted of sexual assault and invitation to sexual touching — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional sentence for jail term imposed by trial judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

SOMMAIRE (Fin)

tion de conduite dangereuse ayant causé la mort et à une accusation de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles et a été condamné à 18 mois d'incarcération — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en substituant l'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée initialement — Façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement — Distinction entre l'emprisonnement avec sursis et le sursis au prononcé de la peine avec probation — Sens de l'expression «sécurité de la collectivité» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1, 742.3.

R. c. R.A.R...... 163

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Accusé déclaré coupable d'un chef d'agression sexuelle et de deux chefs de voies de fait simples — Changements survenus dans les dispositions relatives à la détermination de la peine et les faits pertinents après le procès mais avant l'appel visant la peine — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une ordonnance d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération qui avait été infligée? — Contrôle de la peine prononcée par la Cour d'appel — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2.

Droit criminel — Détermination de la peine — Modifications législatives — Accusé déclaré coupable d'un chef d'agression sexuelle et de deux chefs de voies de fait simples — Modification des dispositions relatives à la détermination de la peine après le procès mais avant l'appel visant la peine — L'accusé avait-il droit au bénéfice de l'application des nouvelles dispositions relatives à la détermination de la peine? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e).

R. c. R.N.S...... 149

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une ordonnance d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée par le juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 1, 2000

1^{er} volume, 2000

Noëlla Arsenault-Cameron, Madeleine Costa-Petitpas and the Fédération des Parents de l'Île-du-Prince-Édouard Inc. *Appellants*

v.

The Government of Prince Edward Island *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Manitoba, the Commission scolaire de langue française de l'Île-du-Prince-Édouard, the Commission nationale des parents francophones, the Société St-Thomas d'Aquin — Société acadienne de l'Île-du-Prince-Édouard, and the Commissioner of Official Languages of Canada *Intervenants*

INDEXED AS: ARSENAULT-CAMERON v. PRINCE EDWARD ISLAND

Neutral citation: 2000 SCC 1.

File No.: 26682.

1999: November 4; 2000: January 13.

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

ON APPEAL FROM THE PRINCE EDWARD ISLAND SUPREME COURT, APPEAL DIVISION

Constitutional law — Charter of Rights — Minority language educational rights — Educational facility — Location of minority language schools — Right of management and control over educational facility — Whether minority language educational rights in s. 23 of Charter include right to instruction in educational facility located in specific area where numbers warrant provision of minority language instruction — Delineation of right of management and control exercised by minority language board regarding location of minority language schools — Minister of Education's discretion

Noëlla Arsenault-Cameron, Madeleine Costa-Petitpas et la Fédération des Parents de l'Île-du-Prince-Édouard Inc. *Appelantes*

c.

Le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Manitoba, la Commission scolaire de langue française de l'Île-du-Prince-Édouard, la Commission nationale des parents francophones, la Société St-Thomas d'Aquin — Société acadienne de l'Île-du-Prince-Édouard, et le Commissaire aux langues officielles du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: ARSENAULT-CAMERON c. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Référence neutre: 2000 CSC 1.

N° du greffe: 26682.

1999: 4 novembre; 2000: 13 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR SUPRÊME DE L'ÎLE-DU-PRINCE ÉDOUARD, SECTION D'APPEL

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Établissement d'enseignement — Emplacement des écoles de la minorité linguistique — Droit de gestion et de contrôle des établissements d'enseignement — Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité prévus à l'art. 23 de la Charte comprennent-ils le droit à l'instruction dans un établissement d'enseignement situé dans la région même où le nombre justifie la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité? — Détermination du droit de gestion et de contrôle exercé par la

to approve board's decisions regarding minority language educational services.

The individual appellants hold minority language educational rights under s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They made a request to the French Language Board for the establishment of a French school for grades 1 to 6 in the Summerside area for the 1995-96 school year. The pre-registration results met the minimum requirement set out in the regulation, and the Board made a conditional offer of French first language instruction in Summerside. The Minister of Education conceded that the children of s. 23 right holders living in the Summerside area were entitled to educational instruction in the French language and that the number of children warranted the provision of the instruction out of public funds, but he refused to approve the Board's offer and instead offered to maintain transportation services to an existing French language school in Abram's Village. The average bus ride from the Summerside area to the existing French language school was 57 minutes. He also rejected the Board's subsequent proposal to provide French language instruction in Summerside through the existing French language school in Abram's Village. The appellants initiated proceedings against the provincial government seeking a declaration of their right to have their children receive French first language instruction at the primary level in a facility situated in Summerside. The Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division, granted the declaration but the Appeal Division set aside that judgment and reinstated the Minister's decision.

Held: The appeal should be allowed.

Section 23 of the *Charter* mandates that provincial governments do whatever is practically possible to preserve and promote minority language education. Its object is in part remedial, and it is not meant to reinforce the *status quo* by adopting a formal vision of equality that would focus on treating the majority and minority official language groups alike. A purposive interpretation of s. 23 rights is based on the true purpose of redressing past injustices and providing the official language minority with equal access to high quality education in its own language, in circumstances where com-

commission scolaire de la langue de la minorité en ce qui a trait à l'emplacement des écoles de la minorité linguistique — Pouvoir discrétionnaire du ministre de l'Éducation d'approuver les décisions de la commission concernant les services d'enseignement dans la langue de la minorité.

Les appelantes, qui sont des particuliers, sont titulaires de droits à l'instruction dans la langue de la minorité en vertu de l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elles ont demandé à la Commission scolaire de langue française la création d'une école française pour les classes de première à sixième années dans la région de Summerside pour l'année scolaire 1995-1996. Les résultats de la préinscription remplissaient le critère minimal énoncé dans le règlement et la commission a décidé d'offrir conditionnellement l'enseignement en français langue première à Summerside. Le ministre de l'Éducation a admis que les enfants des titulaires des droits prévus à l'art. 23 habitant dans la région de Summerside avaient droit à un enseignement en français et que le nombre d'enfants justifiait la prestation de cet enseignement sur les fonds publics, mais il a refusé d'approuver l'offre de la commission, proposant à la place de maintenir les services de transport jusqu'à une école de langue française dans le village d'Abram. La durée moyenne du trajet en autobus de la région de Summerside à cette école est de 57 minutes. Il a également rejeté la proposition ultérieure de la commission d'offrir un enseignement en français à Summerside par l'entremise de l'école de langue française du village d'Abram. Les appelantes ont intenté des poursuites contre le gouvernement provincial afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant qu'elles avaient le droit de faire instruire leurs enfants en français langue première au niveau primaire dans un établissement situé à Summerside. La Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a fait droit à leur demande, mais la Section d'appel a annulé ce jugement et a rétabli la décision du ministre.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'article 23 de la *Charte* prescrit que les gouvernements provinciaux doivent faire ce qui est pratiquement faisable pour maintenir et promouvoir l'instruction dans la langue de la minorité. Cet article a en partie un caractère réparateur et n'a pas pour objet de renforcer le *statu quo* par l'adoption d'une conception formelle de l'égalité qui viserait principalement à traiter de la même façon les groupes majoritaires et minoritaires de langue officielle. Une interprétation fondée sur l'objet des droits prévus à l'art. 23 repose sur le véritable objectif de cet article qui est de remédier à des injustices passées

munity development will be enhanced. The historical and contextual analysis is important for courts in determining whether a government has failed to meet its s. 23 obligations, and should guide governmental actors in reaching appropriate decisions to give effect to s. 23. The fact that constitutional language rights resulted from a political compromise is not unique to language rights and does not affect their scope.

Under s. 23(3) of the *Charter*, a province has a duty to provide official minority language instruction where the numbers warrant. The relevant number is somewhere between the known demand and the number of students who could potentially take advantage of the service. Since s. 23 favours community development and links the right to instruction to the area where the conditions for the exercise of that right are present, calculation of the relevant number is not restricted to the existing school boundaries. When a minority language board exists, the area is to be defined on a case-by-case basis and is within the minority's exclusive powers of management and control, subject to objective provincial norms and guidelines consistent with s. 23. Otherwise, the remedial and protective potential of s. 23 would be greatly impaired. In this case, the relevant number in the Summerside area was between 49 and 155. The Appeal Division erred in adopting a different, more restrictive, standard focussed solely on actual demand.

Identifying what is required by s. 23 involves a determination of the appropriate services, in pedagogical terms, for the number of students involved and an examination of the costs of the contemplated service. Educational services provided to the minority need not be identical to that provided to the majority. Substantive equality under s. 23 requires that official language minorities be treated differently, if necessary, according to their particular circumstances and needs, in order to provide a standard of education equivalent to that of the official language majority. Owing to the variety of circumstances encountered in different schools and the demands of a minority language education itself, providing the same form of educational system to the minority and the majority may be impractical and undesirable. Focussing on the individual right to instruction at the expense of the linguistic and cultural rights of the

et d'assurer à la minorité linguistique officielle un accès égal à un enseignement de grande qualité dans sa propre langue, dans des circonstances qui favoriseront le développement de la communauté. L'analyse historique et contextuelle est importante pour les tribunaux qui doivent déterminer si un gouvernement n'a pas respecté les obligations imposées par l'art. 23 et devrait guider les acteurs gouvernementaux qui prennent les décisions requises pour donner effet à l'art. 23. Le fait que les droits linguistiques constitutionnels découlent d'un compromis politique n'est pas une caractéristique attachée uniquement à ces droits et ce fait n'a aucune incidence sur leur portée.

En vertu du par. 23(3) de la *Charte*, la province a l'obligation d'assurer l'enseignement dans la langue de la minorité linguistique officielle lorsque le nombre le justifie. Le nombre pertinent se situe entre la demande connue et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service. Étant donné que l'art. 23 favorise le développement de la communauté et associe le droit à l'instruction à l'endroit géographique où existent les conditions d'exercice de ce droit, le calcul du nombre pertinent ne se limite pas aux subdivisions scolaires existantes. Lorsqu'une commission scolaire de la langue de la minorité a été établie, la définition de la région se fait cas par cas et est assujettie aux pouvoirs exclusifs de gestion et de contrôle de la minorité, sous réserve des normes et directives provinciales objectives compatibles avec l'art. 23. Sans cela, le caractère réparateur et protecteur de l'art. 23 serait grandement affaibli. En l'espèce, le nombre pertinent dans la région de Summerside se situe entre 49 et 155. La Section d'appel a commis une erreur en adoptant une norme différente plus restrictive qui se limite uniquement à la demande réelle.

Pour déterminer ce que l'art. 23 exige, il faut définir les services appropriés, sur le plan pédagogique, pour le nombre d'élèves en cause et examiner les coûts du service envisagé. Il n'est pas nécessaire que les services éducatifs fournis à la minorité soient identiques à ceux fournis à la majorité. Aux termes de l'art. 23, l'égalité réelle exige que les minorités de langue officielle soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle. En raison des situations différentes dans lesquelles se trouvent diverses écoles et des exigences de l'enseignement dans la langue de la minorité, il peut n'être ni pratique ni souhaitable de fournir le même système d'enseignement à la minorité et à la majorité. Mettre l'accent sur le droit individuel à l'instruction au détriment des droits linguistiques et culturels

minority community effectively restricts the collective rights of the minority community. Here, by using objective standards, which assess the needs of minority language children primarily by reference to the pedagogical needs of majority language children, the Minister failed to take into account the special requirements of the s. 23 rights holders. Further, although travel arrangements may, in some circumstances, meet the requirements of s. 23, the Minister also failed to recognize that the s. 23 children were faced with a choice between a locally accessible school in the majority language and a less accessible school in the minority language, a choice which would have an impact on the assimilation of the minority language children. Furthermore, a school is the single most important institution for the survival of the official language minority, which is itself a true beneficiary under s. 23; insufficient weight was given to this factor. It was conceded by the Minister that financial considerations were not an issue in this case.

Management and control are critical to the enjoyment of s. 23 rights, and, where numbers warrant the creation of facilities, the representatives of the official language community have the right to a degree of governance of these facilities. The right of management and control is independent of the existence of a minority language board. At the upper end of the sliding scale of rights, where a minority language board is required, it will have both the powers of management granted by the legislature and any further powers conferred by s. 23. Although the Minister is responsible for making educational policy, his discretion is subordinate to the *Charter*, including the remedial aspect of s. 23, the specific needs of the minority language community and the exclusive right of representatives of the minority to the management of French language instruction and facilities. Within the parameters of s. 23, regulation of the board's powers is permissible. The government should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which its s. 23 obligations are to be met. The province has a legitimate interest in the content and qualitative standards of educational programs for the official language communities and it can impose appropriate programs in so far as they do not interfere

de la communauté minoritaire restreint dans les faits les droits collectifs de la communauté minoritaire. En l'espèce, par l'utilisation de normes objectives pour évaluer les besoins des enfants de la minorité linguistique principalement par référence aux besoins pédagogiques des enfants de la majorité linguistique, le ministre n'a pas tenu compte des exigences particulières des titulaires des droits garantis par l'art. 23. De plus, bien que des modalités de transport puissent parfois satisfaire aux exigences de l'art. 23, le ministre n'a pas tenu compte du fait que les enfants visés par l'art. 23 devaient faire un choix entre fréquenter une école locale dans la langue de la majorité et fréquenter une école moins accessible dans la langue de la minorité, un choix qui aurait une incidence sur l'assimilation des enfants de la minorité linguistique. En outre, l'école est l'institution la plus importante pour la survie de la minorité linguistique officielle, qui est elle-même un véritable bénéficiaire en vertu de l'art. 23; on n'a pas accordé une importance suffisante à ce facteur. Le ministre a admis que les considérations d'ordre financier n'étaient pas en jeu en l'espèce.

La gestion et le contrôle sont essentiels à l'exercice des droits garantis par l'art. 23 et, lorsque le nombre justifie la création d'un établissement, les représentants de la communauté de langue officielle ont droit à un certain degré de direction de cet établissement. Ce droit de gestion et de contrôle est présent indépendamment de l'existence d'une commission de la langue de la minorité. À l'extrémité supérieure de l'échelle variable des droits, lorsqu'une commission scolaire de la langue de la minorité est requise, elle possédera les pouvoirs de gestion prévus par la loi, de même que tout autre pouvoir conféré par l'art. 23. Bien que le ministre soit responsable de l'élaboration de la politique applicable en matière d'enseignement, son pouvoir discrétionnaire est assujéti à la *Charte*, notamment en ce qui a trait au caractère réparateur de l'art. 23, aux besoins particuliers de la communauté linguistique minoritaire et au droit exclusif des représentants de la minorité de gérer l'enseignement et les établissements d'enseignement de la minorité. La réglementation des pouvoirs conférés à la commission est permise, sous réserve des paramètres de l'art. 23. Le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23. La province a un intérêt légitime dans le contenu et les normes qualitatives des programmes d'enseignement pour les communautés de langues officielles, et elle peut imposer des programmes dans la mesure où ceux-ci ne portent pas atteinte aux

with the legitimate linguistic and cultural concerns of the minority.

In the present case, the French Language Board had an obligation to offer French language instruction where numbers warrant and to determine the location of the required classes or facilities, subject to the approval of the Minister. The Minister's decision not to offer services in Summerside is unconstitutional because the offer of classes or a facility came within the exclusive right of management of the minority and met with all provincial and constitutional requirements. The Minister's discretion was limited to verifying whether the Board had met provincial requirements; he had no power to substitute his own criteria or decision. The Minister failed to give proper weight to the effect of his decision on the promotion and preservation of the minority language community in Summerside and did not give proper recognition to the role of the French Language Board in this regard.

The Appeal Division erred in deciding that the sliding scale approach was governed by the "reasonable accessibility" of services without considering which services would best encourage the flourishing and preservation of the French language minority. It also erred in accepting that the Minister could unilaterally decide what level of service was appropriate. The priorities of the minority community had to be given precedence because they lie at the core of the management and control conferred on the minority language rights holders and their legitimate representatives by s. 23.

Cases Cited

Followed: *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; **referred to:** *Reference re: School Act* (1988), 49 D.L.R. (4th) 499; *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 50 D.L.R. (4th) 405; *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 23.
School Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-2.1, ss. 2(1) [am. 1994, c. 56, s. 2], 7(1)(a), (b), 27(1), 49 [*idem*, s. 14], 112,

intérêts linguistiques et culturels légitimes de la minorité.

En l'espèce, la Commission scolaire de langue française a l'obligation de dispenser l'enseignement en français là où le nombre le justifie et de déterminer l'emplacement des classes ou établissements requis, sous réserve de l'approbation du ministre. La décision du ministre de ne pas offrir de services à Summerside est inconstitutionnelle parce que l'offre de classes ou d'un établissement relevait du pouvoir exclusif de gestion de la minorité et satisfaisait à toutes les exigences provinciales et constitutionnelles. Le pouvoir discrétionnaire du ministre se limitait à vérifier si la commission avait satisfait aux exigences provinciales; il n'était pas habilité à substituer ses propres critères ou sa propre décision. Le ministre n'a pas adéquatement pesé l'effet de sa décision sur la promotion et la préservation de la communauté linguistique minoritaire de Summerside et n'a pas reconnu, comme il l'aurait dû, le rôle de la commission de langue française à cet égard.

La Section d'appel a fait erreur en statuant que la méthode du critère variable était régie par l'«accessibilité raisonnable» des services sans examiner quels services favoriseraient le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone. Elle a aussi fait erreur en concluant que le ministre pouvait trancher unilatéralement la question du niveau de service approprié. Les priorités de la communauté minoritaire doivent avoir préséance parce qu'elles sont au cœur même de la gestion et du contrôle conférés par l'art. 23 aux titulaires de droits linguistiques minoritaires et à leurs représentants légitimes.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; **arrêts mentionnés:** *Reference re: School Act* (1988), 49 D.L.R. (4th) 499; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 50 D.L.R. (4th) 405; *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 23.
School Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-2.1, art. 2(1) [mod. 1994, ch. 56, art. 2], 7(1)a), b), 27(1), 49 [*idem*,

121(1), (2), (3), (4), 122(2), (3), 128(1) [*idem*, s. 28], (2).
School Act Regulations, EC674/76 [am. EC108/90], s. 6.01(b), (f), 6.05(1), (4), 6.07, 6.08, 6.11.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 329, 500 A.P.R. 329, 160 D.L.R. (4th) 89, [1998] P.E.I.J. No. 38 (QL), reversing a judgment of the Trial Division (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308, 459 A.P.R. 308, [1997] P.E.I.J. No. 7 (QL). Appeal allowed.

Robert A. McConnell, for the appellants.

Roger B. Langille, Q.C., for the respondent.

Claude Joyal, Warren J. Newman and Marc Tremblay, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert Earl Charney, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Deborah L. Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Pierre Foucher, for the intervener the Commission scolaire de langue française de l'Île-du-Prince-Édouard.

Paul S. Rouleau, for the intervener the Commission nationale des parents francophones.

Christian E. Michaud, for the intervener the Société St-Thomas d'Aquin — Société acadienne de l'Île-du-Prince-Édouard.

Daniel Mathieu and Richard L. Tardif, for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

¹ MAJOR AND BASTARACHE JJ. — In December of 1982, a group of parents representing 17 children who attended schools located in the region of Summerside requested that a class be opened by Unit 2

art. 14], 112, 121(1), (2), (3), (4), 122(2), (3), 128(1), [*idem*, art. 28], (2).
School Act Regulations, EC674/76 [mod. EC108/90], art. 6.01b), (f), 6.05(1), (4), 6.07, 6.08, 6.11.

POURVOI contre un arrêt de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, Section d'appel (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 329, 500 A.P.R. 329, 160 D.L.R. (4th) 89, [1998] P.E.I.J. No. 38 (QL), qui infirmait un jugement de la Section de première instance (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308, 459 A.P.R. 308, [1997] P.E.I.J. No. 7 (QL). Pourvoi accueilli.

Robert A. McConnell, pour les appelantes.

Roger B. Langille, c.r., pour l'intimé.

Claude Joyal, Warren J. Newman et Marc Tremblay, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert Earl Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Deborah L. Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Pierre Foucher, pour l'intervenante la Commission scolaire de langue française de l'Île-du-Prince-Édouard.

Paul S. Rouleau, pour l'intervenante la Commission nationale des parents francophones.

Christian E. Michaud, pour l'intervenante la Société St-Thomas d'Aquin — Société acadienne de l'Île-du-Prince-Édouard.

Daniel Mathieu et Richard L. Tardif, pour l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LES JUGES MAJOR ET BASTARACHE — En décembre 1982, un groupe de parents représentant 17 enfants qui fréquentaient des écoles situées dans la région de Summerside ont demandé à

Regional School Board, an English language board, in Summerside, for instruction in the French language pursuant to s. 23 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Regional Board declined to grant the request but offered either to register the children who qualified for French language education in existing local French immersion classes or to bus them to École Évangéline, a school administered by the Unit 5 Regional School Board in Abram's Village, where education was provided in the French language. Further requests were brought in 1983 and 1985; the same reply was made. An action was commenced in the Supreme Court of Prince Edward Island and later abandoned after a reference to the Appeal Division of the Court was issued on September 19, 1985. In *Reference re: School Act* (1988), 49 D.L.R. (4th) 499, the Appeal Division of the P.E.I. Supreme Court found that the sections of the Act and many of the Regulations referred to in the Reference were unconstitutional. The School Act and Regulations were later amended, providing in particular that Unit 5 Regional School Board be reconstituted and given responsibility for the promotion and delivery of all French language education in the province.

In November of 1994, the personal appellants in the present action made a request to the Commission scolaire de langue française (the "French Language Board" or the "Board") for the establishment of a French school for grades one to six in the Summerside area for the 1995-96 school year. Officials of the Board met with representatives of the Minister of Education to discuss the possible establishment of a school. Thirty-four students pre-registered in January 1995, with a total of 17 s. 23 children in grades one and two. Twenty-nine children were from Summerside, four from Miscouche and one from Kensington. Based on the pre-registration results, the Board decided to make a conditional offer of French first language instruction in Summerside. The Board did not offer transportation to École Évangéline, located in Abram's Village, because the majority of parents did not want to send their young children outside the com-

l'unité 2 de la commission scolaire régionale, une commission scolaire de langue anglaise, d'ouvrir une classe à Summerside où l'enseignement serait dispensé en français, en vertu de l'art. 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La commission régionale a refusé la demande, mais a offert soit d'inscrire les enfants admissibles à un enseignement en français dans des classes d'immersion en français existantes soit de leur fournir le transport en autobus à l'école Évangéline, une école gérée par l'unité 5 de la commission scolaire régionale dans le village d'Abram, où l'enseignement était dispensé en français. D'autres demandes ont été faites en 1983 et 1985; la réponse a été la même. Une action a été intentée devant la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, puis abandonnée après un renvoi soumis à la Section d'appel de la Cour le 19 septembre 1985. Dans *Reference re: School Act* (1988), 49 D.L.R. (4th) 499, la Section d'appel a conclu que les articles de la Loi et de nombreuses dispositions du Règlement mentionnées dans le renvoi étaient inconstitutionnels. La Loi et son règlement d'application ont été modifiés par la suite et prévoyaient notamment que l'unité 5 de la commission scolaire régionale devait être réorganisée et chargée de promouvoir et de dispenser l'enseignement en français dans la province.

En novembre 1994, les particuliers qui sont parties appelantes dans le présent pourvoi ont demandé à la Commission scolaire de langue française la création d'une école française pour les classes de première à sixième années dans la région de Summerside pour l'année scolaire 1995-1996. Des dirigeants de la commission ont rencontré des représentants du ministre de l'Éducation afin de discuter de la possibilité de créer une école. En janvier 1995, 34 élèves s'étaient préinscrits, dont un total de 17 enfants visés par l'art. 23 dans les classes de première et de deuxième années. Vingt-neuf enfants venaient de Summerside, quatre de Miscouche et un de Kensington. S'appuyant sur les résultats de la préinscription, la commission a décidé d'offrir conditionnellement l'enseignement en français langue première à Summerside. Elle n'a pas offert de transporter les enfants à l'école Évangéline, située au village d'Abram, parce que

munity. Abram's Village is 28 kilometres from Summerside, 20 kilometres from Miscouche, 40 kilometres from Kensington and Bedeque, and 46 kilometres from Kinkora. The Board was aware of the fact that 20 years of available transportation had not been accepted as responding to the needs of the French language community. For the year 1995-96, of the 34 pre-registered students and 13 others prepared to attend a French school in Summerside, 15 were enrolled in French immersion in English schools in the Summerside area because their parents deemed the trip too long for young children.

3

In February of 1995, the Minister of Education refused to approve the Board's offer and instead offered to maintain transportation services to Abram's Village. In an attempt to find a solution acceptable to the Minister, the Board proposed to provide French language instruction in Summerside through École Évangéline. The Minister also rejected this proposal. In June 1995, the appellants gave notice to the Crown and, in a statement of claim filed in November 1995, initiated proceedings against the government of Prince Edward Island seeking a declaration to the effect that they have the right to have their children receive French first language instruction at the primary level in a facility situated in Summerside.

4

The Prince Edward Island Supreme Court, Trial Division, found that the number of children from grades one to six that could be assembled for instruction in Summerside was sufficient to warrant the provision of French language instruction out of public funds in Summerside and that the parents of those children had the right to receive that service in the Summerside area. The Appeal Division of the Supreme Court of Prince Edward Island allowed the appeal and held that the advantages that may result from the establishment of a French language school in Summerside could not supersede the disadvantages of receiving instruction that would, in the opinion of the Minister, be inferior in pedagogical terms to that offered to the children of the official language majority. The

la majorité des parents ne voulaient pas envoyer leurs enfants à l'extérieur de leur communauté. Le village d'Abram est situé à 28 km de Summerside, 20 km de Miscouche, 40 km de Kensington et Bedeque, et à 46 km de Kinkora. La commission savait que le transport qui était offert depuis 20 ans n'avait pas été accepté comme solution aux besoins de la communauté francophone. Pour l'année 1995-1996, des 34 élèves préinscrits et des 13 autres prêts à fréquenter une école française à Summerside, 15 étaient inscrits en immersion française dans des écoles anglaises de la région de Summerside parce que leurs parents jugeaient que le trajet était trop long pour de jeunes enfants.

En février 1995, le ministre de l'Éducation a refusé d'approuver l'offre de la commission, proposant à la place de maintenir les services de transport jusqu'au village d'Abram. Tentant de trouver une solution acceptable pour le ministre, la commission a proposé d'offrir un enseignement en français à Summerside grâce à l'école Évangéline. Le ministre a aussi rejeté cette proposition. En juin 1995, les appelantes ont donné un avis à la Couronne et, dans une déclaration déposée en novembre 1995, ont intenté des poursuites contre le gouvernement de l'Île-du-Prince-Édouard afin d'obtenir un jugement déclaratoire portant qu'elles avaient le droit de faire instruire leurs enfants en français langue première au niveau primaire dans un établissement situé à Summerside.

La Section de première instance de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a statué que le nombre d'enfants des classes de première à sixième années qui pourraient être regroupés pour suivre leurs cours à Summerside était suffisant pour justifier la prestation, sur les fonds publics, de l'enseignement en langue française à Summerside et que les parents de ces enfants avaient le droit de recevoir ce service dans la région de Summerside. La Section d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a accueilli l'appel et a statué que les avantages qui pourraient résulter de l'établissement d'une école française à Summerside ne l'emporteraient pas sur le désavantage que constituerait un enseignement qui, de l'avis du ministre, serait inférieur sur le plan pédagogique à celui dispensé

court added that bus transportation could be considered an educational facility and did not constitute an impediment to the exercise of the rights of parents in the Summerside area given that the average time of travel did not exceed the provincial average. We are of the view that the decision of the trial judge, who made all of the necessary findings of fact and committed no error of law, must be restored.

I. The Issues

No constitutional question was adopted in the present appeal. The following issues were formulated for the direction of the parties:

1. Should para. 23(3)(a) of the *Charter* be interpreted to mean that when the numbers warrant the provision of minority language instruction in a specific area, the right automatically includes the right to instruction in an educational facility located in that area?
2. Having regard to the appropriate considerations, including the number of students that could eventually be expected to take advantage of minority language instruction, will the sliding scale approach to the application of s. 23 of the *Charter* allow for minority language instruction in a facility located outside the area where the numbers warrant the provision of minority language instruction?

After hearing the submissions of the parties and interveners, we are of the view that the main issue in this appeal is the delineation of the right of management and control exercised by the French Language Board with regard to the location of minority language schools and the discretion of the Minister to approve of the decisions of the Board in that regard.

aux enfants de la majorité linguistique officielle. La cour a ajouté qu'on pouvait considérer que le transport par autobus était assimilable à un établissement d'enseignement et ne constituait pas un obstacle à l'exercice de leurs droits par les parents de la région de Summerside puisque le temps moyen de transport n'excédait pas la moyenne provinciale. Nous sommes d'avis que la décision du juge de première instance, qui a tiré toutes les conclusions de fait nécessaires et qui n'a commis aucune erreur de droit, doit être rétablie.

I. Les questions en litige

Aucune question constitutionnelle n'a été formulée dans le présent pourvoi. Les questions en litige ont été libellées de la manière suivante pour les parties:

1. L'alinéa 23(3)a) de la *Charte* doit-il être interprété comme signifiant que, lorsque le nombre d'enfants concernés justifie la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité dans une région donnée, ce droit comprend automatiquement le droit à l'instruction dans un établissement d'enseignement situé dans cette région?
2. Ou bien, eu égard aux facteurs appropriés, y compris le nombre d'élèves qui pourraient éventuellement avoir droit à l'instruction dans la langue de la minorité, est-ce que le recours à la méthode de l'échelle variable pour l'application de l'art. 23 de la *Charte* autorise la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité dans un établissement situé à l'extérieur de la région où le nombre d'enfants justifie la prestation de ce service?

Après avoir entendu les plaidoiries des parties et des intervenants, nous sommes d'avis que la principale question en litige dans le présent pourvoi est la détermination du droit de gestion et de contrôle exercé par la commission scolaire de langue française en ce qui a trait à l'emplacement des écoles de la minorité linguistique et du pouvoir discrétionnaire du ministre d'approuver les décisions de la commission à cet égard.

II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

7

Canadian Charter of Rights and Freedoms

23. (1) Citizens of Canada

(a) whose first language learned and still understood is that of the English or French linguistic minority population of the province in which they reside, or

(b) who have received their primary school instruction in Canada in English or French and reside in a province where the language in which they received that instruction is the language of the English or French linguistic minority population of the province,

have the right to have their children receive primary and secondary school instruction in that language in that province.

(2) Citizens of Canada of whom any child has received or is receiving primary or secondary school instruction in English or French in Canada, have the right to have all their children receive primary and secondary school instruction in the same language.

(3) The right of citizens of Canada under subsections (1) and (2) to have their children receive primary and secondary school instruction in the language of the English or French linguistic minority population of a province

(a) applies wherever in the province the number of children of citizens who have such a right is sufficient to warrant the provision to them out of public funds of minority language instruction; and

(b) includes, where the number of those children so warrants, the right to have them receive that instruction in minority language educational facilities provided out of public funds.

School Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-2.1

2. (1) The Minister is responsible for the administration of this Act, for ensuring the provision of educational services through the Department, and the school boards, and for overall leadership of the educational system in the province.

. . .

II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

23. (1) Les citoyens canadiens:

a) dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

b) qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province:

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

School Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-2.1

[TRADUCTION]

2. (1) Le ministre est chargé de l'administration de la présente loi, de la prestation des services d'enseignement par l'intermédiaire du ministère et des commissions scolaires, et de la direction générale du système d'éducation dans la province.

. . .

7. (1) The Minister shall

- (a) define the goals, standards, guidelines, policies and priorities applicable to the provision of education in Prince Edward Island;
- (b) research and assess changing needs, trends and approaches in education and develop and implement strategic plans;

. . .

27. (1) The Minister may establish such school units as the Minister considers necessary, each of which shall have the boundaries prescribed by the regulations and shall be administered by a school board in accordance with this Act.

. . .

49. A school board shall, subject to the regulations and Minister's directives,

- (a) provide for instruction in an educational program to all persons who are enrolled in its schools and eligible in accordance with the Act and the regulations;
- (b) provide for the recruitment, employment, management and evaluation of staff of the school board and identification of staff development needs;
- (c) provide for and manage such facilities and equipment as may be necessary for the safe and effective operation of the school unit;
- (d) provide for the transportation of students;
- (e) provide for effective and efficient management of the financial affairs of the school board;
- (f) monitor and evaluate effectiveness of schools;
- (g) ensure the development of and approve school improvement plans;
- (h) encourage good relations among schools, parents and the community and promote family and community awareness of the importance of education.

. . .

112. (1) Subject to proof of eligibility as prescribed by the regulations, parents who are resident in Prince Edward Island have the right to have their children

7. (1) Le ministre:

- a) définit les objectifs, les normes, les directives, les politiques et les priorités applicables à l'enseignement à l'Île-du-Prince-Édouard;
- b) documente et évalue les tendances, les méthodes et les besoins changeants dans le domaine de l'éducation, et élabore et met en œuvre des plans stratégiques;

. . .

27. (1) Le ministre établit le nombre d'unités scolaires qu'il juge nécessaires, chacune de celles-ci ayant les limites territoriales prescrites par règlement et étant administrée par une commission scolaire conformément à la présente loi.

. . .

49. Sous réserve des règlements et des directives du ministre, la commission scolaire:

- a) dispense l'enseignement dans un programme éducatif aux personnes inscrites dans ses écoles et en droit de les fréquenter en vertu de la Loi et du Règlement;
- b) veille au recrutement, à l'embauche, à la gestion et à l'évaluation du personnel de la commission scolaire et détermine les besoins de perfectionnement du personnel;
- c) fournit et administre les installations et équipements nécessaires au fonctionnement efficace et sûr de l'unité scolaire;
- d) assure le transport des élèves;
- e) assure la gestion efficace et efficiente des affaires financières de la commission scolaire;
- f) surveille et évalue l'efficacité des écoles;
- g) élabore et approuve les programmes d'amélioration des écoles;
- h) favorise de bons rapports entre les écoles, les parents et la communauté, et fait la promotion au sein des familles et des communautés de l'importance de l'éducation.

. . .

112. (1) Sous réserve de la preuve de leur admissibilité conformément aux règlements, les parents qui résident dans l'Île-du-Prince-Édouard ont le droit de faire ins-

receive French first language instruction where numbers warrant, if one of the following criteria is met:

- (a) the first language learned and still understood of the parent is French;
- (b) the parent received primary school instruction in Canada in French as a first language; or
- (c) a child of the parent has received or is receiving French first language instruction in Canada at the primary or secondary level.

(2) Where numbers warrant, French first language instruction provided pursuant to subsection (1) shall be provided in French language educational facilities in accordance with the regulations.

(3) Residents of the province who meet the qualifications of subsection (1) have the right to participate in the administration and management of French first language instruction, whether or not they have any children.

121. (1) The Minister shall establish a school board funding program.

(2) Each school board shall submit to the Minister budget information in accordance with the regulations and Minister's directives.

(3) The Minister shall meet annually with school boards to discuss budget matters.

(4) On or before the date fixed by Minister's directives, the Minister shall approve a budget for each school board with such recommendations or conditions as the Minister considers necessary.

122. . . .

(2) A school board shall not budget for a current deficit in any fiscal year if such deficit would create an accumulated deficit.

(3) Where a school board has incurred a deficit, the deficit shall be a first call on the school board's grant for the second fiscal year following and the school board shall budget accordingly.

truire leurs enfants en français langue première là où le nombre le justifie, si l'une des conditions suivantes est remplie:

- a) la première langue apprise et encore comprise par le parent est le français;
- b) le parent a reçu son instruction, au niveau primaire, au Canada, en français langue première;
- c) un enfant du parent a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, au Canada, en français langue première.

(2) Là où le nombre le justifie, l'enseignement en français langue première prévu au paragraphe (1) est dispensé dans un établissement d'enseignement de langue française conformément aux règlements.

(3) Les résidents de la province qui remplissent les conditions prévues au paragraphe (1) ont le droit de participer à la gestion et à l'administration de l'enseignement en français langue première, qu'ils aient ou non des enfants.

121. (1) Le ministre met au point un programme de financement des commissions scolaires.

(2) Chaque commission scolaire présente au ministre des renseignements budgétaires conformément aux règlements et aux directives du ministre.

(3) Le ministre rencontre annuellement les commissions scolaires pour discuter des questions budgétaires.

(4) Au plus tard à la date fixée dans ses directives, le ministre approuve le budget de chaque commission scolaire en faisant les recommandations ou en imposant les conditions qu'il estime nécessaires.

122. . . .

(2) Une commission scolaire ne peut prévoir un déficit au cours d'une année financière si cela entraînerait un déficit accumulé.

(3) En cas de déficit, la contribution allouée à la commission scolaire au titre du deuxième exercice financier suivant doit d'abord servir à combler le déficit et la commission doit établir son budget en conséquence.

128. (1) The Minister after consultation with the school board concerned, may recommend to the Minister of Transportation and Public Works

- (a) the purchase, rental or acceptance of gifts of land or buildings for school purposes;
- (b) the construction and furnishing of school buildings; and
- (c) capital additions to school buildings.

(2) A school board, with the Minister's approval, shall determine the location of school buildings.

School Act Regulations, EC674/76

PART VI

FRENCH LANGUAGE INSTRUCTION

. . .

6.01 In this Part

. . .

(b) "French school" means a building or a part of a building which

- (i) is designated as a school by the Minister pursuant to section 6.11, and
- (ii) is used, during school hours, to provide French language instruction to classes over several grade levels;

. . .

(f) "where numbers warrant" means at least fifteen section 23 children over two consecutive grade levels, who can reasonably be assembled for the purposes of providing French language instruction.

. . .

6.05 (1) The French school board shall have jurisdiction over and administer French language instruction in the province in accordance with the Act and the regulations.

. . .

128. (1) Après consultation avec la commission scolaire concernée, le ministre peut recommander au ministre des Transports et des Travaux publics:

- a) l'achat, la location ou l'acceptation de terrains ou d'immeubles devant servir à des écoles;
- b) la construction et l'équipement de bâtiments scolaires;
- c) des rajouts immobiliers aux bâtiments scolaires.

(2) La commission scolaire détermine l'emplacement des bâtiments scolaires avec l'approbation du ministre.

Règlement pris en vertu de la *School Act*, EC674/76

[TRANSDUCTION]

PARTIE VI

ENSEIGNEMENT EN FRANÇAIS

. . .

6.01 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . .

b) «école française» Bâtiment ou partie de bâtiment qui

- (i) est désigné à titre d'école par le ministre conformément à l'article 6.11, et
- (ii) est utilisé, pendant les heures de classe, pour dispenser un enseignement en français à des classes de divers niveaux;

. . .

f) «là où le nombre le justifie» Au moins quinze enfants de deux niveaux consécutifs qui sont visés par l'article 23 et qui peuvent être raisonnablement regroupés aux fins de recevoir leur enseignement en français.

. . .

6.05 (1) La commission scolaire de langue française est responsable de l'enseignement en français dans la province et l'administre conformément à la Loi et aux règlements.

. . .

(4) The French school board shall be responsible for the promotion of, and distribution of information with respect to, French language instruction in the province.

6.07 The French school board shall, where numbers warrant, provide French language instruction in a particular area by offering classes or by offering transportation to an area that has a class.

6.08 (1) Where the French school board is making preliminary plans to start a new class in any area or to offer transportation to a class, it must take into consideration the proximity of existing classes or facilities, projected numbers of section 23 children, and other relevant factors, and the French school board may conduct a pre-registration of section 23 children in order to determine the demand for French language instruction in that area.

(2) Before making a conditional offer of French language instruction the French school board shall obtain the Minister's approval with respect to

- (a) the projected number of section 23 children to be served by the class; and
- (b) their reasonable assembly for a class.

(3) For the purpose of determining whether a sufficient number of children can reasonably be assembled, the Minister may examine if section 23 children are sufficiently concentrated both geographically and by grade level, taking into account the following factors:

- (a) the proximity of existing classes and facilities to the area,
- (b) the number of section 23 children in the area,
- (c) the potential for future admissions,
- (d) the distances over which the children must be transported,
- (e) the ages of the children.

(4) A conditional offer of registration for French language instruction may consist of

- (a) a new class to be started in an area; or
- (b) transportation of section 23 children to another area.

(4) La commission scolaire de langue française est chargée de la promotion de l'enseignement en français dans la province et de la diffusion de renseignements à cet égard.

6.07 Là où le nombre le justifie, la commission scolaire de langue française offre un enseignement en français dans une région donnée en y ouvrant des classes ou en offrant de transporter les élèves à un endroit où des cours sont dispensés en français.

6.08 (1) Lorsqu'elle prend des dispositions préliminaires pour ouvrir une nouvelle classe dans une région ou pour offrir le transport à une classe, la commission scolaire de langue française doit tenir compte de la proximité des classes ou établissements existants, du nombre projeté d'élèves visés par l'article 23 et d'autres facteurs pertinents; elle peut faire une préinscription des élèves visés par l'article 23 afin de déterminer la demande d'enseignement en français dans la région.

(2) Avant d'offrir conditionnellement l'enseignement en français, la commission scolaire de langue française obtient l'approbation du ministre en ce qui a trait:

- a) au nombre projeté d'enfants visés par l'article 23 qui fréquenteront la classe;
- b) à leur regroupement pour former une classe.

(3) Aux fins de déterminer si un nombre suffisant d'élèves peuvent être raisonnablement regroupés, le ministre peut examiner si les enfants visés par l'article 23 sont suffisamment concentrés sur le plan géographique et suivant les niveaux scolaires, en tenant compte des facteurs suivants:

- a) la proximité des classes et des établissements existants par rapport à la région,
- b) le nombre d'enfants visés par l'article 23 dans la région,
- c) la possibilité d'admissions futures,
- d) la distance de transport,
- e) l'âge des enfants.

(4) Une offre conditionnelle d'inscription à l'enseignement en français peut viser:

- a) soit l'ouverture d'une nouvelle classe dans la région;
- b) soit le transport d'enfants visés par l'article 23 vers une autre région.

(5) Where a conditional offer is made pursuant to subsection (4), parents shall return registration forms to the French school board not later than March 1 in the school year in which the offer is made.

(5) Lorsqu'une offre conditionnelle est faite conformément au paragraphe (4), les parents retournent les formulaires d'inscription à la commission scolaire de langue française au plus tard le 1^{er} mars de l'année scolaire pendant laquelle l'offre est faite.

6.11 (1) The Minister may designate a school as a French school.

6.11 (1) Le ministre peut désigner une école à titre d'école française.

(2) For the purposes of subsection (1), the Minister shall take into consideration the following factors:

(2) Aux fins du paragraphe (1), le ministre tient compte des facteurs suivants:

- (a) the number of students;
- (b) the number of grade levels; and
- (c) the reasonable assembly of the students in one location.

- a) le nombre d'élèves;
- b) le nombre de niveaux;
- c) le regroupement raisonnable des élèves dans un endroit.

III. Judicial History

III. Historique judiciaire

A. *Prince Edward Island Supreme Court — Trial Division* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308

A. *Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard — Section de première instance* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308

DesRoches J. considered *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342, and *Reference re Public Schools Act (Man.)*, s. 79(3), (4) and (7), [1993] 1 S.C.R. 839. He also reviewed the historical background of this litigation, as set out in *Reference re: School Act*, *supra*, and in the evidence before him. He canvassed the evidence presented by community leaders and a socio-linguistic expert with regard to linguistic and cultural assimilation of the official language minority and recognized the importance of local schools for the preservation of the minority community. He also noted that parents objected to long travel times not only because of the inconvenience to the children, but also because busing prevented children from participating in extracurricular activities and created problems for parents who needed to meet with teachers, to retrieve a sick child, or to take a child to an appointment.

Le juge DesRoches examine l'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, et le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839. Il analyse aussi l'historique du litige tel qu'il a été exposé dans l'arrêt *Reference re: School Act*, *supra*, ainsi que la preuve dont il a été saisi. Il étudie la preuve produite par les représentants de la communauté et un expert en sociolinguistique relativement à l'assimilation linguistique et culturelle de la minorité linguistique officielle, et il reconnaît l'importance des écoles locales pour la préservation de la communauté minoritaire. Il note aussi que les parents s'opposent à de longs déplacements non seulement en raison de leurs inconvénients pour les enfants, mais aussi parce que le transport les empêche de participer aux activités parascolaires et créent des problèmes pour les parents lorsqu'ils ont besoin de rencontrer des enseignants, d'aller chercher un enfant malade ou d'emmenner un enfant à un rendez-vous.

DesRoches J. noted that the parties agreed that the number of s. 23 children was sufficient to warrant the provision of French language instruction. The main issue was therefore whether the number

Le juge DesRoches souligne que les parties ont reconnu que le nombre d'enfants visés par l'art. 23 est suffisant pour justifier la prestation de l'enseignement en français. La principale question en

of children warranted the provision of French language educational facilities out of public funds in the Summerside area. He noted that in accordance with the purpose of the s. 23 right as defined in *Mahe*, the answer to this question should ideally be guided by that which will most effectively encourage the flourishing and preservation of the French language in this province, and particularly in the Summerside area. Section 23 was intended as a remedial provision and, in order to be effective as a remedy for past defects, it must be given a broad and liberal interpretation.

litige consiste donc à déterminer si le nombre d'enfants justifie la création, sur les fonds publics, d'un établissement d'enseignement en français dans la région de Summerside. Il fait remarquer que, conformément à l'objet du droit garanti par l'art. 23 tel qu'il a été défini dans l'arrêt *Mahe*, la réponse à cette question devrait idéalement être guidée par ce qui favoriserait le mieux l'épanouissement et la préservation du français dans la province et, en particulier, dans la région de Summerside. L'article 23 a été conçu comme une disposition réparatrice et, pour qu'il puisse corriger les erreurs du passé, il faut lui donner une interprétation large et libérale.

10

In this case, the parties accepted that 34 s. 23 students had pre-registered for elementary school, and that 140 s. 23 students attended English elementary schools in the Summerside area in the 1995-96 school year. Ms. Angéline Martel, a socio-linguistic expert, projected, and the respondent accepted, that 155 s. 23 children could attend French language classes in Summerside in the 1996-97 school year. She also projected that an additional 151 children would be eligible to attend French primary school in the next five years. DesRoches J. noted, at p. 340, that the relevant number was "the number of persons who will eventually take advantage of the contemplated programme or facility" and that the right was not limited to existing school boundaries. He concluded that 306 students could potentially take advantage of French language instruction (155 students then eligible plus 151 students who would be coming into the school system). He found the relatively low pre-registration understandable, and inferred from the increase in enrollment at École François-Buôte in Charlottetown that it was reasonable to expect the demand to increase once French language services were established in Summerside.

En l'espèce, les parties ont admis que 34 élèves visés par l'art. 23 s'étaient préinscrits à l'école primaire et que 140 enfants visés par l'art. 23 fréquentaient des écoles primaires anglaises dans la région de Summerside au cours de l'année scolaire 1995-1996. Un expert en sociolinguistique, M^{me} Angéline Martel, a extrapolé que 155 enfants visés par l'art. 23 pourraient fréquenter des classes françaises à Summerside au cours de l'année scolaire 1996-1997 et l'intimé a accepté ces chiffres. Elle a en outre calculé qu'environ 151 autres enfants rempliraient les conditions requises pour fréquenter une école primaire française au cours des cinq années suivantes. Le juge DesRoches souligne, à la p. 340, que le nombre pertinent est [TRANSDUCTION] «le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagés» et que ce droit ne se limite pas aux subdivisions scolaires existantes. Il conclut que 306 élèves pourraient éventuellement se prévaloir de l'enseignement en français (155 élèves alors admissibles plus 151 élèves qui s'ajouteraient au système scolaire). Il estime que le nombre relativement peu élevé de préinscriptions est compréhensible, et il déduit de l'augmentation du nombre d'inscriptions à l'école François-Buôte à Charlottetown qu'il est raisonnable de s'attendre à une augmentation de la demande une fois que des services en français seraient dispensés à Summerside.

11

DesRoches J. found it unnecessary to decide whether Regulation 6.08(2) gave the Minister the

Le juge DesRoches estime inutile de trancher si le par. 6.08(2) du Règlement confère au ministre le

discretion to determine whether to offer classes or transportation or whether such a discretion was contrary to s. 23, and expressly took no position on the constitutional validity of the Regulations.

DesRoches J. noted that the Minister had not considered in any significant way the number of pre-registrations, the number of s. 23 children in Summerside, the potential for future admissions, or the transportation distance. Particularly, the Minister had not considered the purpose of s. 23, its remedial aspect, or the role it plays in the preservation and flourishing of minority language culture. DesRoches J. found that the Minister should have weighed the effects of the two choices he believed he had, bussing or local facilities, on the French language minority in the Summerside area. Such a consideration was particularly important given the socio-linguistic expert's testimony that the transportation option met the needs of individuals, but did not strengthen and sustain French language and culture in an area which contains the second largest French language minority population in the province.

DesRoches J. concluded that French language instruction for elementary school students from Summerside was not reasonably accessible — the bus ride was too long for children in elementary grades. Although 19 of the 34 pre-registered students attended École Évangéline, their parents were concerned about the long bus trip. For the parents of the 15 pre-registered students who eventually attended English schools, it was believed that the existing French school was too far away. Moreover, it should be noted that for those who attended École Évangéline, most were not able to participate in any extra-curricular school activities owing to the distance between their home and the school.

DesRoches J. found that, if the numbers warranted the establishment of a facility pursuant to s. 23, as they did in this case, then the facility should be located so as to be reasonably accessible

pouvoir discrétionnaire de déterminer s'il y a lieu d'ouvrir des classes ou d'assurer le transport des enfants, ou si un tel pouvoir discrétionnaire contrevient à l'art. 23, et il s'abstient expressément de se prononcer sur la constitutionnalité du Règlement.

Le juge DesRoches fait remarquer que le ministre n'a pas vraiment tenu compte du nombre de préinscriptions, du nombre d'enfants visés par l'art. 23 à Summerside, de la possibilité d'admissions futures ou de la distance du transport scolaire. En particulier, le ministre n'a pas tenu compte de l'objet de l'art. 23, de son caractère réparateur ni du rôle qu'il joue dans la préservation et l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique. Le juge DesRoches estime que le ministre aurait dû soupeser les effets des deux options qu'il pensait avoir — le transport scolaire ou la création d'un établissement — sur la minorité linguistique francophone dans la région de Summerside. Cette considération était particulièrement importante puisque l'expert en sociolinguistique a témoigné que l'option du transport scolaire répondait aux besoins des individus, mais ne permettait ni de renforcer ni de maintenir la culture et la langue françaises dans une région où l'on trouve le deuxième groupe minoritaire francophone en importance de la province.

Le juge DesRoches conclut que l'enseignement en français pour les élèves des écoles primaires de Summerside n'est pas raisonnablement accessible, le trajet en autobus étant trop long pour des enfants de l'école primaire. Même si 19 des 34 élèves préinscrits fréquentent l'école Évangéline, leurs parents s'inquiètent du long trajet en autobus. Pour ce qui est des parents des 15 élèves préinscrits qui ont décidé en fin de compte de fréquenter des écoles anglaises, l'école française existante est située trop loin. De plus, il souligne que la plupart des enfants qui fréquentent l'école Évangéline ne peuvent pas participer aux activités parascolaires de l'école en raison de la distance entre leur domicile et l'école.

Le juge DesRoches conclut que si le nombre d'enfants justifie la création d'un établissement conformément à l'art. 23, comme c'est le cas en l'espèce, cet établissement doit être situé de

12

13

14

and should eliminate unduly lengthy bus rides for elementary school children where possible. This was particularly true when evidence demonstrated that majority language elementary children in the Eastern school district did not travel comparable distances. DesRoches J. felt that providing French language classes out of public funds in Summerside organized and presented by École Évangéline under its mandate would be more likely to guarantee s. 23 parents in the Summerside area their rights than would transportation to École Évangéline. He held that “the ‘numbers warrant’ test applied to the particular facts of this case requires a remedy on the higher end of the sliding scale proposed by the Supreme Court of Canada in *Mahe*” (p. 346).

manière à être raisonnablement accessible et à éliminer, lorsque cela est possible, les trajets trop longs en autobus pour les enfants des écoles primaires. Cela est particulièrement vrai lorsque la preuve montre que les enfants des écoles primaires de la majorité linguistique du district scolaire de l’Est ne parcourent pas des distances comparables. Le juge DesRoches estime que l’ouverture à Summerside, sur les fonds publics, de classes en français organisées et offertes par l’école Évangéline, en vertu du mandat qui lui est conféré, offrirait aux parents de la région de Summerside visés par l’art. 23 une meilleure garantie de leurs droits que le transport des enfants à l’école Évangéline. Il statue que [TRADUCTION] «le critère de la “justification par le nombre” appliqué aux faits particuliers de la présente espèce exige une réparation située à l’extrémité supérieure de l’échelle variable proposée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Mahe*» (p. 346).

15 Pursuant to s. 24 of the *Charter*, DesRoches J. thus declared (1) that the number of children in the Summerside area whose parents have the right to have their children receive grade one through six education in the French language was sufficient to warrant the provision to them, pursuant to s. 23(3)(b) of the *Charter*, of instruction out of public funds; and (2) that the appellants had the right pursuant to s. 23(3)(b) to have their children receive French language primary school (grades one through six) instruction in French language facilities in the Summerside area provided out of public funds.

Le juge DesRoches affirme donc que, suivant l’art. 24 de la *Charte*, (1) le nombre des enfants de la région de Summerside que les parents ont le droit de faire instruire en français de la première à la sixième année était suffisant pour justifier la prestation de l’instruction sur les fonds publics conformément à l’al. 23(3)(b) de la *Charte*, et (2) que les appelantes ont le droit, en vertu de l’al. 23(3)(b), de faire instruire leurs enfants en français au niveau primaire (de la première à la sixième année) dans des établissements d’enseignement de langue française financés sur les fonds publics dans la région de Summerside.

16 While recognizing that costs on solicitor and client basis should only be awarded in exceptional cases, DesRoches J. concluded that such costs should be awarded in the case at bar. After receiving further submissions on the issue of costs, DesRoches J. reaffirmed the solicitor and client costs in a supplementary judgment in February 1997.

Tout en reconnaissant que des dépens sur la base avocat-client ne devraient être accordés que dans des cas exceptionnels, le juge DesRoches conclut qu’ils doivent l’être en l’espèce. Après avoir entendu d’autres arguments sur la question des dépens, le juge DesRoches confirme les dépens sur la base avocat-client dans un jugement supplémentaire rendu en février 1997.

B. *Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 329

B. *Cour suprême de l’Île-du-Prince-Édouard, Section d’appel* (1998), 162 Nfld. & P.E.I.R. 329

17 As a preliminary matter, McQuaid J.A., writing for the Appeal Division, noted that the trial judge’s

Le juge McQuaid, au nom de la Section d’appel, note en préliminaire qu’il faut considérer que le

declaration should be read as granting the appellants the right to have a class or classes in the Summerside area and not necessarily a separate school in the sense of a separate physical structure, as it was now being interpreted by the appellants. He held that the trial judge erred in law in failing to properly apply the sliding scale approach to the interpretation of s. 23, and in making palpable and overriding errors in the assessment of the evidence and in drawing certain inferences from the evidence.

The Appeal Division noted that the Minister conceded that the children of s. 23 rights holders living in the Summerside area were entitled to educational instruction in the French language and that the number of children warranted the provision of the instruction out of public funds. What the Minister opposed was the establishment of a separate educational facility in the Summerside area.

With respect to the interpretation of s. 23 of the *Charter*, McQuaid J.A. noted that while a purposive approach was warranted and while the section was to be construed remedially, other important interpretative principles had to be considered. First, different interpretative approaches may be applicable in different jurisdictions given the unique blend of linguistic dynamics that have developed in each province. Second, as language rights are fundamentally different from other rights protected by the *Charter* in that they are founded on political compromise, prudent interpretation of the section is advised. Third, the right conferred on each individual right holder is the right to an educational system.

McQuaid J.A. was of the view that the court had to address the requirements at the bottom or middle of the sliding scale. He recognized that the relevant figure for s. 23 rights holders could only be roughly estimated by considering the known demand and the number of those qualified in the area under s. 23(1) and (2). In addition, the “numbers warrant” test involved the consideration of subtle and complex factors, the most important

jugement déclaratoire du juge de première instance conférerait aux appelantes le droit d’avoir une ou des classes dans la région de Summerside, mais pas nécessairement, comme le pensent maintenant les appelantes, une école séparée, c’est-à-dire un établissement physique distinct. Il conclut que le juge du procès a fait erreur en droit parce qu’il n’a pas appliqué correctement la méthode du critère variable pour interpréter l’art. 23, et qu’il a fait des erreurs manifestes ou dominantes dans l’évaluation de la preuve et dans certaines déductions qu’il en a tirées.

La Section d’appel fait remarquer que le ministre a admis que les enfants des titulaires des droits prévus à l’art. 23 habitant dans la région de Summerside avaient droit à un enseignement en français et que le nombre d’enfants justifiait la prestation de cet enseignement sur les fonds publics. C’est à la création d’un établissement d’enseignement séparé dans la région de Summerside que le ministre s’opposait.

Sur l’interprétation de l’art. 23 de la *Charte*, le juge McQuaid souligne que, même si une interprétation fondée sur l’objet s’impose et que cet article doit être interprété de façon réparatrice, il faut considérer d’autres importants principes d’interprétation. Premièrement, différentes méthodes d’interprétation peuvent s’appliquer dans des ressorts différents en raison de la dynamique linguistique particulière à chacune des provinces. Deuxièmement, une interprétation prudente de cet article est recommandée étant donné que les droits linguistiques sont fondamentalement différents des autres droits protégés par la *Charte* parce qu’ils reposent sur un compromis politique. Troisièmement, le droit conféré à chaque titulaire du droit est le droit à un système d’éducation.

Le juge McQuaid estime que la cour doit examiner les exigences situées à l’extrémité inférieure ou au milieu de l’échelle variable. Il reconnaît que le nombre pertinent pour les titulaires des droits garantis par l’art. 23 ne peut être déterminé qu’approximativement par un examen de la demande connue et du nombre des personnes qui, dans la région, satisfont aux par. 23(1) et (2). De plus, le critère de la «justification par le nombre» com-

18

19

20

being the pedagogical requirements and the cost of the services, with the former having more weight than the latter. McQuaid J.A. held that s. 23 did not intend to place provinces in the position of having to construct schools or otherwise establish facilities that might be substantially under-utilized. Thus, he found that the onus was on those requesting the instruction to prove that, on a balance of probabilities, the number in fact warranted the instruction and the nature of the minority language educational facilities being requested.

21

The Appeal Division held that the trial judge had made palpable and overriding errors in concluding that 306 s. 23 children could potentially take advantage of French first language elementary schooling in the Summerside area. McQuaid J.A. further found that the trial judge erred in inferring that upon the establishment of a facility, the demand for French first language instruction would increase at the same rate in the Summerside area as it had in the Charlottetown area. He found that there was no evidence provided to the trial judge nor to the Minister that the number of children who might eventually take advantage of French first language instruction in the Summerside area was greater than 50 in 1996-97 with the addition of 15 over the next two years. McQuaid J.A. found that the appellants, who had the onus of proving that the Minister's actions amounted to a denial of that right and that the number of s. 23 children who might eventually take advantage of French first language instruction warranted the establishment of a facility for that purpose in the Summerside area, had failed to establish that the number was more than 65 students in any year. Thus, the trial judge had erred in finding that the number was higher.

22

McQuaid J.A. found that in determining the appropriate level of service, the primary consideration had to be the pedagogical requirements of the

porte l'examen de facteurs subtils et complexes, les plus importants étant les exigences pédagogiques et le coût des services, le premier ayant pré-séance sur le second. Le juge McQuaid statue que l'art. 23 n'a pas pour but d'obliger les provinces à construire des écoles ou à créer des établissements qui pourraient être considérablement sous-utilisés. Ainsi, il juge qu'il incombe aux personnes demandant l'enseignement de prouver que, suivant la prépondérance des probabilités, le nombre justifie en réalité l'enseignement et le type d'établissement d'enseignement de la minorité linguistique demandés.

La Section d'appel statue que le juge de première instance a commis des erreurs manifestes ou dominantes en concluant que 306 enfants visés par l'art. 23 pourraient éventuellement se prévaloir de l'enseignement dispensé en français langue première au primaire dans la région de Summerside. Le juge McQuaid dit en outre que le juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'avec la création d'un établissement, la demande d'enseignement en français langue première dans la région de Summerside augmenterait au même rythme que dans la région de Charlottetown. Il estime qu'aucune preuve soumise au juge de première instance ou au ministre n'indiquait que le nombre d'enfants qui pourraient en définitive se prévaloir de l'enseignement en français langue première dans la région de Summerside était supérieur à 50, en 1996-1997, 15 enfants devant s'ajouter à ce nombre au cours des deux années suivantes. Le juge McQuaid conclut que les appelantes, auxquelles il incombait de prouver que les actes du ministre constituaient une dénégation de ce droit et que le nombre des enfants visés par l'art. 23 qui pourraient en fin de compte se prévaloir de l'enseignement en français langue première justifiait la création d'un établissement dans la région de Summerside, n'avaient pas établi que ce nombre était supérieur à 65 élèves pour aucune année. Le juge de première instance a donc commis une erreur en concluant que ce nombre était plus élevé.

Le juge McQuaid estime que les besoins pédagogiques des élèves doivent être la principale considération pour déterminer le niveau de service

students. In this respect, consideration had to be given to the minimum number of students necessary to deliver appropriate educational instruction and the appellants had the onus of establishing the minimum number which would be appropriate pedagogically. While fewer students might be required to establish a minority language program than a majority language program, the considerations would otherwise be the same. McQuaid J.A. concluded that there was no evidence, except that of the Minister, which addressed the pedagogical considerations. In this connection, the Minister had stated that it would be difficult to meet all the children's pedagogical needs including music, physical education, library and resource with less than 100 students. McQuaid J.A. held that since the right to minority language education carried with it the right to educational instruction roughly equivalent to that offered to the majority, creating an educational system for the minority that is inferior to that being delivered to the majority would be inconsistent with the purposes of s. 23.

McQuaid J.A. stated that when the number that would warrant instruction is determined, consideration then turned to the facilities required to receive the instruction. In this connection, he held that considerations might have to be given to the quality of the program of existing minority language educational facilities, the availability of physical space, the location of the existing facility, and whether transportation would be an impediment which might effectively deprive the children of the right to minority language education.

McQuaid J.A. recognized that while it was important for children of both the majority and minority to have the opportunity to be educated in their respective communities, the evidence demonstrated that children in the province had to be transported from their communities to facilities located in other communities and equipped to provide an appropriate education system. He agreed with the Minister that where the numbers warrant,

requis. À cet égard, il faut tenir compte du nombre minimal d'élèves nécessaire pour dispenser un enseignement adéquat et il incombait aux appelantes d'établir le nombre minimal d'élèves requis sur le plan pédagogique. Même si le nombre d'élèves requis pour mettre sur pied un programme dans la langue de la minorité pourrait être inférieur au nombre requis dans le cas d'un programme dans la langue de la majorité, les autres considérations seraient par ailleurs les mêmes. Le juge McQuaid estime qu'à l'exception de celle fournie par le ministre, aucune preuve ne concernait les considérations pédagogiques. À cet égard, le ministre a déclaré qu'il serait difficile de répondre à tous les besoins pédagogiques des enfants, notamment en musique, éducation physique, bibliothèque et autres ressources, si le nombre des élèves était inférieur à 100. Le juge McQuaid déclare qu'étant donné que le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité emporte le droit à un enseignement sensiblement équivalent à celui offert à la majorité, la création pour la minorité d'un système d'éducation de qualité inférieure à celui offert à la majorité serait incompatible avec l'objet de l'art. 23.

Le juge McQuaid dit que, lorsque le nombre qui justifierait la prestation de l'enseignement est déterminé, il faut ensuite examiner les établissements qui sont requis pour recevoir cet enseignement. À ce sujet, il conclut qu'il faut tenir compte de la qualité du programme des établissements d'enseignement de la minorité linguistique existants, de l'espace physique disponible, de l'emplacement de l'établissement existant et de la question de savoir si le transport pourrait constituer un obstacle qui priverait effectivement les enfants de leur droit de s'instruire dans la langue de la minorité.

Le juge McQuaid reconnaît que, même s'il est important que les enfants de la majorité et de la minorité aient la possibilité de s'instruire dans leurs communautés respectives, la preuve démontre que des enfants de la province doivent être transportés de leur communauté à des établissements situés dans d'autres communautés et équipés pour dispenser un enseignement approprié. Il convient avec le ministre que, lorsque le nombre

23

24

the instruction may be received in a minority language educational facility located outside the area, provided such facility was “reasonably accessible” and offered a program of instruction which was pedagogically appropriate. He found that the word “facilities” as used in s. 23 had a broad meaning and was not restricted to physical structures like classrooms or schools but would also include buses to provide transportation.

le justifie, l’enseignement peut être dispensé dans un établissement d’enseignement de la minorité linguistique situé à l’extérieur de la région, à la condition qu’un tel établissement soit «raisonnablement accessible» et offre un programme d’enseignement pédagogiquement adapté. Il conclut que le mot «établissements» à l’art. 23 a un sens large et ne se limite pas aux installations physiques telles les salles de classe ou les écoles, mais comprendrait aussi les autobus servant à assurer le transport scolaire.

25

In conclusion, McQuaid J.A. noted that the Minister was justified, with the numbers before him and the failure of a pilot project in French first language instruction for grades one to three two years previously, in giving priority to the pedagogical considerations and in deciding that the best instruction could be provided at École Évangéline, a truly homogenous school. McQuaid J.A. granted the appeal and dismissed the cross-appeal. Given that the requirements at the lower end of the sliding scale were arising for the first time and that litigation might have been unavoidable, he held that the parties were responsible for their own costs at trial and on appeal.

En conclusion, le juge McQuaid note que le ministre était justifié, vu les chiffres qui lui étaient soumis et l’échec deux ans auparavant d’un projet pilote d’enseignement en français langue première pour des classes de première à troisième année, de donner la priorité aux considérations pédagogiques et de décider que le meilleur enseignement serait dispensé à l’école Évangéline, une école vraiment homogène. Le juge McQuaid a fait droit à l’appel et a rejeté l’appel incident. Vu que les exigences prévues au bas de l’échelle variable étaient invoquées pour la première fois et que le litige était peut-être inévitable, il a statué que les parties paieraient leurs propres frais en première instance et en appel.

IV. Analysis

IV. Analyse

A. *The Remedial Purpose of Section 23*

A. *Le caractère réparateur de l’art. 23*

26

Section 23 imposes a constitutional duty on the province to provide official minority language education to children of s. 23 parents where the numbers warrant. In *Mahe, supra*, at pp. 362 and 364, this Court affirmed that language rights cannot be separated from a concern for the culture associated with the language and that s. 23 was designed to correct, on a national scale, the historically progressive erosion of official language groups and to give effect to the equal partnership of the two official language groups in the context of education; see *Reference re Public Schools Act (Man.)*, *supra*, at p. 849. Section 23 therefore mandates that provincial governments do whatever is

L’article 23 impose à la province l’obligation constitutionnelle de fournir un enseignement dans la langue de la minorité officielle aux enfants des parents visés par l’art. 23 lorsque le nombre le justifie. Dans l’arrêt *Mahe*, précité, aux pp. 362 et 364, notre Cour a affirmé que les droits linguistiques sont indissociables d’une préoccupation à l’égard de la culture véhiculée par la langue et que l’art. 23 vise à remédier, à l’échelle nationale, à l’érosion historique progressive de groupes de langue officielle et à faire des deux groupes linguistiques officiels des partenaires égaux dans le domaine de l’éducation; voir aussi le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, à la p. 849. L’article 23 prescrit donc que les gouvernements provinciaux doivent faire ce qui est pratiquement faisable pour maintenir et promouvoir

practically possible to preserve and promote minority language education; see *Mahe*, at p. 367.

As this Court recently observed in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 24, the fact that constitutional language rights resulted from a political compromise is not unique to language rights and does not affect their scope. Like other provisions of the *Charter*, s. 23 has a remedial aspect; see *Mahe*, *supra*, at p. 364. It is therefore important to understand the historical and social context of the situation to be redressed, including the reasons why the system of education was not responsive to the actual needs of the official language minority in 1982 and why it may still not be responsive today. It is clearly necessary to take into account the importance of language and culture in the context of instruction as well as the importance of official language minority schools to the development of the official language community when examining the actions of the government in dealing with the request for services in Summerside. As this Court recently explained in *Beaulac*, at para. 25, “[l]anguage rights must in all cases be interpreted purposively, in a manner consistent with the preservation and development of official language communities in Canada” (emphasis in original). A purposive interpretation of s. 23 rights is based on the true purpose of redressing past injustices and providing the official language minority with equal access to high quality education in its own language, in circumstances where community development will be enhanced.

In light of the importance of this remedial purpose, the trial judge properly began his reasons by explaining the historical background of the official language minority in Prince Edward Island and in Summerside, as had the court in *Reference re: School Act*, *supra*. From this review, the trial judge

l’instruction dans la langue de la minorité; voir *Mahe*, à la p. 367.

Comme notre Cour l’a récemment fait remarquer dans l’arrêt *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.S.C. 768, au par. 24, le fait que les droits linguistiques constitutionnels découlent d’un compromis politique n’est pas une caractéristique attachée uniquement à ces droits et ce fait n’a aucune incidence sur leur portée. Comme d’autres dispositions de la *Charte*, l’art. 23 a un caractère réparateur; voir *Mahe*, précité, à la p. 364. Il est donc important de comprendre le contexte historique et social de la situation à corriger, notamment les raisons pour lesquelles le système d’éducation ne répondait pas aux besoins réels de la minorité linguistique officielle en 1982 et pourquoi il n’y répond peut-être toujours pas aujourd’hui. Il faut clairement tenir compte de l’importance de la langue et de la culture dans le domaine de l’enseignement ainsi que de l’importance des écoles de la minorité linguistique officielle pour le développement de la communauté de langue officielle lorsque l’on examine les mesures prises par le gouvernement pour répondre à la demande de services à Summerside. Comme notre Cour l’a récemment expliqué dans l’arrêt *Beaulac*, au par. 25, «[l]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés en fonction de leur objet, de façon compatible avec le maintien et l’épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada» (souligné dans l’original). Une interprétation fondée sur l’objet des droits prévus à l’art. 23 repose sur le véritable objectif de cet article qui est de remédier à des injustices passées et d’assurer à la minorité linguistique officielle un accès égal à un enseignement de grande qualité dans sa propre langue, dans des circonstances qui favoriseront le développement de la communauté.

Compte tenu de l’importance de ce caractère réparateur, le juge de première instance a commencé à juste titre ses motifs en retraçant l’histoire de la minorité linguistique officielle à l’Île-du-Prince-Édouard et à Summerside, comme l’avait fait la cour dans *Reference re: School Act*, précité.

was prepared to decide whether the s. 23 rights had been infringed.

Après cette analyse, le juge de première instance était prêt à déterminer s'il y avait eu atteinte aux droits garantis par l'art. 23.

29

The historical and contextual analysis is important for courts in determining whether a government has failed to meet its s. 23 obligations. It should also guide governmental actors in reaching appropriate decisions to give effect to s. 23. In this case, the Minister was of the view that it would be more beneficial for the children to receive their instruction in a homogeneous school located at the heart of the Acadian community. Insisting on the individual right to instruction, the Minister appeared to ignore the linguistic and cultural assimilation of the Francophone community in Summerside, thereby restricting the collective right of the parents of the school children. The trial judge explained the position of the Minister in these terms (at p. 337):

L'analyse historique et contextuelle est importante pour les tribunaux qui doivent déterminer si un gouvernement n'a pas respecté les obligations imposées par l'art. 23. Elle devrait aussi guider les acteurs gouvernementaux qui prennent les décisions requises pour donner effet à l'art. 23. En l'espèce, le ministre a estimé qu'il serait plus avantageux pour les enfants de recevoir leur instruction dans une école homogène située au cœur de la communauté acadienne. Insistant sur le droit individuel à l'instruction, le ministre semble ne pas avoir tenu compte de l'assimilation linguistique et culturelle de la communauté francophone à Summerside, restreignant ainsi le droit collectif des parents des enfants d'âge scolaire. Le juge de première instance a expliqué la position du ministre de la manière suivante (à la p. 337):

... while he agreed a school is a considerable component of the preservation of language and culture, the location of the school, in his view, was not significant. He testified that students are moved all over the Province now; location is not the key, rather the program offered is the key.

[TRADUCTION] ... même s'il reconnaît qu'une école est un élément considérable de la préservation de la langue et de la culture, l'emplacement de l'école, à son avis n'a pas d'importance. Il a déclaré que les élèves sont transportés partout dans la province aujourd'hui: l'endroit n'est pas la clé, c'est le programme offert qui est essentiel.

The Minister did agree, however, a French language school in Summerside would preserve the French culture and language in that area. He stated he was aware that some of the students who had pre-registered did not attend l'école Évangéline, and that the length of travelling time was probably the main reason. . . . The Minister was asked whether he had considered options which would most effectively maintain French culture and language in Summerside. He responded he did not specifically deal with that; under his interpretation, he was required to provide education and he believed that he had done so to the extent necessary under the law. He testified he was simply looking at making French education available, and he did not look at the impact of each option on the preservation and flourishing of French culture.

Le ministre a toutefois admis qu'une école française à Summerside préserverait la culture et la langue françaises dans cette région. Il a dit qu'il savait que certains des élèves qui s'étaient préinscrits ne fréquentaient pas l'école Évangéline et que la durée du transport en était probablement la principale raison. [. . .] On a demandé au ministre s'il avait examiné les solutions qui préserveraient le mieux la culture et la langue françaises à Summerside. Il a répondu qu'il ne s'était pas attardé spécifiquement à ce point; suivant son interprétation, il était tenu d'offrir l'enseignement et il croyait qu'il l'avait fait dans la mesure requise par la loi. Il a déclaré qu'il cherchait simplement à rendre accessible l'éducation en français, et il n'a pas examiné les répercussions de chacun des choix s'offrant à lui sur la préservation et l'épanouissement de la culture française.

The Minister attached some importance to the cultural environment provided by École Évangéline to individual students. He also pointed to the existence of a number of French cultural institutions in Summerside, but this was in support of the pro-

Le ministre a accordé une certaine importance à l'environnement culturel que procure l'école Évangéline pour les élèves individuellement. Il a signalé aussi l'existence de plusieurs institutions culturelles de langue française à Summerside, mais

position that a French language facility is unnecessary to the cultural development of the minority community. In our view, this approach is inconsistent with that adopted in *Mahe*. In fact, the existence of French cultural institutions in Summerside highlights the incongruity of the absence of a school and cannot be used to support the argument proposed by the Minister. The expert evidence of Ms. Angéline Martel, supported by all other witnesses for the appellants, indicates that the school is the single most important institution for the survival of the official language minority, which is itself a true beneficiary under s. 23.

The Minister has a duty to exercise his discretion in accordance with the dictates of the *Charter*; see *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. In reaching his decision, the Minister failed to give proper weight to the promotion and preservation of minority language culture and to the role of the French Language Board in balancing the pedagogical and cultural considerations. This was essential to giving full regard to the remedial purpose of the right. The approach adopted by the Minister therefore increased the probability that his decision would fail to satisfy constitutional review by the courts.

B. *The Notion of Equality*

As discussed above, the object of s. 23 is remedial. It is not meant to reinforce the *status quo* by adopting a formal vision of equality that would focus on treating the majority and minority official language groups alike; see *Mahe, supra*, at p. 378. The use of objective standards, which assess the needs of minority language children primarily by reference to the pedagogical needs of majority language children, does not take into account the special requirements of the s. 23 rights holders. The Minister and the Appeal Division inappropriately emphasized the impact of three elements on equality between the two linguistic communities: duration of the bus rides, size of schools and quality of education. Section 23 is premised on the fact that

cela pour étayer la proposition selon laquelle un établissement de langue française était inutile au développement culturel de la communauté minoritaire. À notre avis, cette interprétation est incompatible avec celle qui a été adoptée dans l'arrêt *Mahe*. En fait, l'existence d'institutions culturelles à Summerside fait ressortir l'incongruité de l'absence d'école à cet endroit et ne peut pas servir à étayer l'argument avancé par le ministre. Le témoignage d'expert de M^{me} Angéline Martel, étayé par tous les autres témoins des appelantes, indique que l'école est l'institution la plus importante pour la survie de la minorité linguistique officielle, qui est elle-même un véritable bénéficiaire en vertu de l'art. 23.

Le ministre a l'obligation d'exercer son pouvoir discrétionnaire conformément à ce que prévoit la *Charte*; voir *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Lorsqu'il a pris sa décision, le ministre n'a pas accordé une importance suffisante à la promotion et à la préservation de la culture de la minorité linguistique et au rôle de la commission de langue française en s'appesantissant sur les considérations d'ordre pédagogique et culturel. Il était essentiel de tenir pleinement compte du caractère réparateur du droit. La méthode adoptée par le ministre a donc augmenté les risques que sa décision ne puisse résister à une révision constitutionnelle par les tribunaux.

B. *La notion d'égalité*

Comme nous l'avons dit, l'art. 23 a un caractère réparateur. Il n'a pas pour objet de renforcer le statu quo par l'adoption d'une conception formelle de l'égalité qui viserait principalement à traiter de la même façon les groupes majoritaires et minoritaires de langue officielle; *Mahe, précité*, à la p. 378. L'utilisation de normes objectives pour évaluer les besoins des enfants de la minorité linguistique principalement par référence aux besoins pédagogiques des enfants de la majorité linguistique, ne tient pas compte des exigences particulières des titulaires des droits garantis par l'art. 23. Le ministre et la Section d'appel ont insisté à tort sur l'incidence de trois éléments sur l'égalité entre les deux communautés linguistiques: la durée des

30

31

substantive equality requires that official language minorities be treated differently, if necessary, according to their particular circumstances and needs, in order to provide them with a standard of education equivalent to that of the official language majority. Before examining this issue in more detail, however, it is important to deal briefly with the “numbers warrant” analysis which was discussed in both the trial and appeal divisions.

C. The Determination of Numbers Under Section 23

32 The province has a duty to provide official minority language instruction where the numbers warrant. As Dickson C.J. pointed out in *Mahe*, *supra*, the “sliding scale” approach to s. 23 means that the numbers standard will have to be worked out by examining the particular facts of each case that comes before the courts. The relevant number is the number who will potentially take advantage of the service, which can be roughly estimated as being somewhere between the known demand and the total number of persons who could potentially take advantage of the service; see *Mahe*, at p. 384. Lamer C.J. defined the number in *Reference re Public Schools Act (Man.)* in this way, at p. 850: “the number of persons who can eventually be expected to take advantage of a given programme or facility”.

33 The Appeal Division erred in adopting a different and more restrictive standard. Instead of considering the demographic data to assess potential demand, McQuaid J.A. focussed solely on actual demand (at p. 350):

The survey conducted by the respondents, which is the best evidence of potential demand for the instruction, revealed that 49 children in grades one to six would take advantage of instruction in the French language in the Summerside area in the 1996-97 school year, with the addition of 15 over the next two years.

trajets en autobus, la taille des écoles et la qualité de l’enseignement. L’article 23 repose sur la prémisses que l’égalité réelle exige que les minorités de langue officielle soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d’éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle. Avant d’approfondir cette question, il est toutefois important d’examiner brièvement la «justification par le nombre» dont il a été question en première instance et en appel.

C. La détermination du nombre en vertu de l’art. 23

La province a l’obligation d’assurer l’enseignement dans la langue de la minorité linguistique officielle lorsque le nombre le justifie. Comme le juge en chef Dickson l’a souligné dans *Mahe*, précité, la méthode du «critère variable» appliquée à l’art. 23 signifie que la norme numérique devra être précisée par l’examen des faits propres à chaque situation qui est soumise aux tribunaux. Le nombre pertinent est le nombre de personnes qui se prévaudront éventuellement du service, c’est-à-dire un nombre se situant approximativement entre la demande connue et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service; voir *Mahe*, à la p. 384. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, le juge en chef Lamer a défini ce chiffre de la manière suivante, à la p. 850: «le nombre de personnes qui se prévaudront finalement du programme ou de l’établissement envisagés».

La Section d’appel a commis une erreur en adoptant une norme différente plus restrictive. Au lieu d’examiner les données démographiques pour évaluer la demande éventuelle, le juge McQuaid s’est attaché uniquement à la demande réelle (à la p. 350):

[TRADUCTION] Le sondage effectué par les intimés, qui constitue la meilleure preuve de la demande éventuelle, a révélé que 49 enfants des classes de première à sixième année se prévaudraient de l’enseignement en français dans la région de Summerside au cours de l’année scolaire 1996-1997, auxquels s’ajouteront 15 autres enfants sur une période de deux ans.

The trial judge had found, based on current enrolment of s. 23 children aged 6 to 11, as well as demographic projections for children up to 5 years of age in the area, that the relevant number of children who could potentially take advantage of French language education was 306. This was a projection covering a ten-year period. In this case, the appropriate estimate of the potential number of students who might attend the facility in any given year is 155, the uncontested number projected by the expert witness, Ms. Angéline Martel. Therefore, according to the approach advocated in *Mahe*, the relevant number would be between 49 and 155. The trial judge also attached some importance to the experience of parents in Charlottetown where projected numbers were surpassed once the educational facility was in place. He compared the population of each locality and inferred that the same response could be expected. This was not an unreasonable inference. We agree with the appellants that there was sufficient evidence to support this inference, especially because no evidence was presented to rebut it.

Although the plaintiffs must establish their rights under s. 23, including the sufficiency of numbers, it is not possible for minority right holders to obtain more accurate and complete information with regard to enrolment projections than what was made available here, nor is it reasonable to impose more on them. The province has the duty to actively promote educational services in the minority language and to assist in determining potential demand. This duty is in effect enshrined in the *School Act* at s. 7(1)(b) and recognized in *Reference re Public Schools Act (Man.)*, *supra*, at pp. 862-63. The province cannot avoid its constitutional duty by citing insufficient proof of numbers, especially if it is not prepared to conduct its own studies or to obtain and present other evidence of known and potential demand.

Le juge de première instance avait conclu, se fondant sur l'inscription actuelle d'enfants âgés de 6 à 11 ans visés par l'art. 23 et sur les projections démographiques pour les enfants de 5 ans et moins dans la région, que le nombre pertinent d'enfants qui pourraient éventuellement se prévaloir de l'enseignement en français était de 306. Cette projection couvrait une période de dix ans. En l'espèce, le nombre éventuel d'élèves qui pourraient fréquenter l'établissement chaque année doit être estimé à 155, le chiffre donné par le témoin expert, M^{me} Angéline Martel, qui n'a pas été contesté. Par conséquent, suivant la méthode préconisée dans l'arrêt *Mahe*, il semblerait que le nombre pertinent se situerait entre 49 et 155. Le juge de première instance a aussi accordé une certaine importance à l'expérience vécue par des parents à Charlottetown, où les chiffres prévus ont été dépassés après la création de l'établissement d'enseignement. Il a comparé la population de chacune des localités et en a déduit qu'on pouvait s'attendre à la même réaction. Cette conclusion n'était pas déraisonnable. Nous convenons avec les appelantes que la preuve était suffisante pour justifier cette conclusion, vu en particulier qu'aucun élément de preuve n'a été produit pour la réfuter.

Même si les demandeurs doivent établir leurs droits en vertu de l'art. 23, y compris la justification par le nombre, il n'est pas possible pour les titulaires d'un droit de minorité d'obtenir des renseignements plus précis et plus complets sur les prévisions d'inscriptions que ceux présentés en l'espèce, pas plus qu'il n'est raisonnable de leur en demander plus. La province a l'obligation de promouvoir activement des services éducatifs dans la langue de la minorité et d'aider à déterminer la demande éventuelle. Cette obligation est en fait incluse à l'al. 7(1)(b) de la *School Act* et a été reconnue par le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, aux pp. 862 et 863. La province ne peut pas se soustraire à son obligation constitutionnelle en invoquant une preuve numérique insuffisante, surtout si elle n'est pas prête à faire ses propres études ni à recueillir et présenter d'autres éléments de preuve sur la demande connue et éventuelle.

D. *The Determination of What the Numbers Warrant Under Section 23*

35 In fact, there was never any issue as to the existence of a sufficient number of qualified students to justify instruction in the minority language. It is important to emphasize that the threshold number of “fifteen section 23 children over two consecutive grade levels, who can reasonably be assembled for the purposes of providing French language instruction”, in s. 6.01(f) of the Regulations, was met in this case and that the Board complied with the requirements of s. 6.08 in evaluating the need for local classes.

36 The trial judge, at p. 343, found that the Minister’s decision to deny local instruction was not dependent on numbers but exclusively on the availability of space at École Évangéline. The number of qualified students is nevertheless relevant because the applicants were requesting a local educational facility. There is no mention of the required number of qualified students with regard to facilities in describing the powers of the French Language Board. However, the parties seem to have tacitly accepted that the Board could request the approval of the Minister for a school, or facility. This is consistent with the wording of the *School Act* generally (ss. 49(c) and (f), 112(2), 128(1)(b) and (2)) and with the decision in *Mahe*, *supra*, with regard to the right of the minority community to manage and control instruction and facilities in the minority language.

37 The Regulations add little to the description of the role of the Board on this point. Section 6.11 simply indicates that the Minister possesses the sole discretion to designate a school as a French school, having regard to the number of students, the number of grade levels and the reasonable assembly of the students in one location. No criteria are set out in the Regulations to govern the exercise of this discretion.

D. *La détermination de ce que justifie le nombre en vertu de l’art. 23*

En fait, on n’a jamais contesté l’existence d’un nombre suffisant d’élèves répondant aux conditions pour justifier l’enseignement dans la langue de la minorité. Il est important de souligner que le seuil d’au moins [TRADUCTION] «quinze enfants de deux niveaux consécutifs qui sont visés par l’article 23 et qui peuvent être raisonnablement regroupés aux fins de recevoir leur enseignement en français», conformément à l’al. 6.01f) du Règlement, a été respecté en l’espèce et que la Commission s’est conformée aux exigences de l’art. 6.08 dans l’évaluation des besoins en classes locales.

Le juge de première instance conclut, à la p. 343, que le refus par le ministre d’un enseignement local ne résultait pas du nombre d’élèves, mais reposait exclusivement sur l’espace disponible à l’école Évangéline. Le nombre d’élèves admissibles est néanmoins pertinent parce que les demandeurs sollicitaient un établissement d’enseignement local. Aucune mention n’est faite dans la description des pouvoirs de la commission de langue française du nombre requis d’élèves admissibles en ce qui a trait aux établissements. Les parties semblent toutefois avoir implicitement reconnu que la commission pouvait demander l’approbation du ministre pour une école ou pour un établissement. Cela concorde avec le libellé général de la *School Act* (al. 49c) et f), par. 112(2), al. 128(1)b) et par. 128(2)) et avec l’arrêt *Mahe*, précité, eu égard au droit de la communauté linguistique minoritaire de gérer et de contrôler l’enseignement et les établissements dans la langue de la minorité.

Le Règlement n’ajoute pas grand-chose à la description du rôle de la commission à cet égard. L’article 6.11 prévoit simplement que seul le ministre est habilité à désigner une école française, compte tenu du nombre d’élèves, du nombre de niveaux et du regroupement raisonnable des élèves dans un endroit. Le Règlement ne prescrit aucun critère régissant l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Mahe explains that the numbers warrant provision requires that two factors be considered in determining the demands of s. 23. First, it requires a determination of the appropriate services, in pedagogical terms, for the number of students involved. Then it requires an examination of the costs of the contemplated service. In addressing the first concern, pedagogical requirements, it is important to consider the value of linguistic minority education as part of the determination of the services appropriate for the number of students. The pedagogical requirements established to address the needs of the majority language students cannot be used to trump cultural and linguistic concerns appropriate for the minority language students.

The Appeal Division endorsed the Minister's reasoning and stated that the cultural benefits that flow from having a French school in the community should not be allowed to supersede the disadvantages of what the Minister considered to be an inferior education. In our view, DesRoches J. more appropriately weighed the pedagogical needs factor and the cultural and linguistic advantages of having a local school in the context of the minority. He found that under the purposive approach to s. 23, a local education was justified. Despite the Minister's testimony that small schools generally have more difficulty meeting all curriculum requirements, we note that there was no evidence that pedagogical concerns could not be met, or that a small school would mean an education that is substandard. It was not shown that the Board would not be able to meet these requirements in the instant case. The only minimum numbers required by the province under the Regulations were met, those dealing with French language instruction (s. 6.01(f)). The logical inference is that these numbers are sufficient to meet the provincial pedagogical standards. The Regulations set out no minimum requirements for facilities. This suggests that it is for the Board to determine suffi-

L'arrêt *Mahe* explique que la justification par le nombre requiert l'examen de deux facteurs pour déterminer les exigences de l'art. 23. Tout d'abord, il faut déterminer les services appropriés, sur le plan pédagogique, pour le nombre d'élèves en cause. Il faut ensuite examiner les coûts du service envisagé. Pour le premier facteur, les exigences pédagogiques, il est important de considérer la valeur de l'enseignement dans la langue de la minorité comme un élément de la détermination des services appropriés pour le nombre d'élèves. On ne peut pas se servir des exigences pédagogiques établies pour répondre aux besoins des élèves de la majorité linguistique pour mettre en échec les considérations culturelles et linguistiques applicables aux élèves de la minorité linguistique.

La Section d'appel a approuvé le raisonnement du ministre et a dit qu'il ne fallait pas permettre que les avantages culturels qui découlent de la présence d'une école française dans la communauté l'emportent sur les inconvénients de ce que le ministre considère être un enseignement de qualité inférieure. À notre avis, le juge DesRoches a correctement soupesé les besoins pédagogiques et les avantages culturels et linguistiques de la présence d'une école locale dans le cas de la minorité. Il a conclu que, suivant l'interprétation fondée sur l'objet de l'art. 23, un enseignement local était justifié. Malgré le témoignage du ministre selon lequel les petites écoles ont en règle générale plus de difficulté à répondre à toutes les exigences du programme d'études, nous soulignons que rien dans la preuve ne permettait de conclure que les considérations pédagogiques ne pourraient pas être respectées ou qu'une petite école serait synonyme d'enseignement inférieur à la norme. Il n'a pas été démontré que la commission ne serait pas en mesure de satisfaire à ces exigences en l'espèce. Le seul nombre minimal requis par la province en vertu du Règlement a été respecté, savoir l'al. 6.01f) concernant l'enseignement en français. La conclusion logique est que ce nombre est suffisant pour satisfaire aux normes pédagogiques provinciales. Le Règlement ne prévoit aucune exigence minimale en ce qui a trait aux établissements. Cela semble indiquer qu'il appartient à la commission de déterminer le nombre suffisant en s'acquittant

cient numbers in the exercise of its duty to provide facilities (see in particular s. 128(1)(b) and (2)).

de son obligation de fournir des établissements (voir, en particulier, l'al. 128(1)b) et le par. 128(2)).

40

Instead of providing a rationale for refusing the creation of a school based on the reasoning of the Board, the Minister announced a minimum requirement of 100 students for a school to be viable. This number was based solely on the personal experience of the Minister as an educator. He testified that the provision of a full range of educational services, including guidance, music, gym and resource teaching is difficult in small schools. However, the number of students suggested by the Minister is unrelated to the specific circumstances and needs of the official language minority in the Summerside area. There was also evidence that a number of English language schools with less than 100 students existed in the Eastern school district, but the Minister was not willing to close them or to say they did not meet the department's pedagogical standards. Although the Minister is responsible for making educational policy, his discretion is subordinate to the *Charter*. As mentioned earlier, the Minister failed to give proper weight to the effect of his decision on the promotion and preservation of the minority language community in Summerside and did not give proper recognition to the role of the French Language Board in this regard.

Au lieu de motiver son refus de créer une école en se fondant sur le raisonnement de la commission, le ministre a annoncé qu'il fallait un minimum de 100 élèves pour qu'une école soit viable. Ce chiffre reposait uniquement sur l'expérience personnelle du ministre en tant qu'éducateur. Le ministre a dit dans son témoignage qu'il est difficile de fournir dans de petites écoles un éventail complet de services éducatifs, notamment l'encadrement, la musique, la gymnastique et les services de professeurs consultants. Néanmoins, le nombre d'élèves proposé par le ministre n'a aucun rapport avec la situation et les besoins particuliers de la minorité linguistique officielle dans la région de Summerside. La preuve indiquait aussi qu'il existait dans le district scolaire de l'Est de petites écoles anglaises de moins de 100 élèves, mais le ministre n'était disposé à fermer aucune de celles-ci ni à affirmer qu'elles ne satisfaisaient pas aux normes pédagogiques du ministère. Bien que le ministre soit responsable de l'élaboration de la politique applicable en matière d'enseignement, son pouvoir discrétionnaire est assujéti à la *Charte*. Comme nous l'avons mentionné plus haut, le ministre n'a pas adéquatement pesé l'effet de sa décision sur la promotion et la préservation de la communauté linguistique minoritaire de Summerside et n'a pas reconnu, comme il l'aurait dû, le rôle de la commission de langue française à cet égard.

41

The second factor to be considered is the cost of the contemplated services. At the hearing before this Court, the province explained that costs were not a consideration in the Minister's decision. This is consistent with the fact that the Minister had maintained at trial that the Board's plan to provide French language instruction locally to such a small group was not pedagogically viable. The trial judge concluded that the Minister had simply decided that a facility in Summerside was not a "practical option". This conclusion, as mentioned earlier, was based on the availability of space at École Évangéline (pp. 336-37). It can therefore be

Le deuxième facteur à considérer est le coût des services envisagés. La province a expliqué, à l'audience de notre Cour, que les coûts n'étaient pas une considération dans la décision du ministre. Cela concorde avec le fait que le ministre a soutenu, en première instance, que le projet de la commission d'offrir un enseignement en français à un si petit groupe d'élèves n'était pas viable sur le plan pédagogique. Le juge de première instance a conclu que le ministre avait tout simplement décidé que la création d'un établissement à Summerside n'était pas une [TRADUCTION] «solution pratique». Cette conclusion, comme nous l'avons

assumed for the purpose of analysis that the second factor in assessing sufficient numbers in *Mahe*, i.e. costs, is not at issue in this case.

In *Mahe*, the Court decided that, where numbers warrant the creation of facilities, the representatives of the official language community have the right to a degree of governance of these facilities. This right of management and control is present independent of the existence of a minority language board, which, in effect, is required at the upper end of the sliding scale of rights. In the present case, where there is a French Language Board, it is essential to analyse the right to a facility in Summerside in light of the role and powers of that Board.

E. *The Role of the French Language Board*

The essential question here is that of determining whose opinion should prevail in circumstances such as these. In *Mahe, supra*, at p. 372, the Court put the question in these terms:

Furthermore, as the historical context in which s. 23 was enacted suggests, minority language groups cannot always rely upon the majority to take account of all of their linguistic and cultural concerns. Such neglect is not necessarily intentional: the majority cannot be expected to understand and appreciate all of the diverse ways in which educational practices may influence the language and culture of the minority.

Where a minority language board has been established in furtherance of s. 23, it is up to the board, as it represents the minority official language community, to decide what is more appropriate from a cultural and linguistic perspective. The principal role of the Minister is to develop institutional structures and specific regulations and policies to deal with the unique blend of linguistic dynamics that has developed in the province (for example,

déjà mentionné, reposait sur le fait qu'il y avait de la place à l'école Évangéline (pp. 336 et 337). On peut donc présumer, aux fins de l'analyse, que le deuxième facteur énoncé dans l'arrêt *Mahe* pour déterminer si le nombre est suffisant, c'est-à-dire les coûts, n'est pas en litige en l'espèce.

Dans l'arrêt *Mahe*, la Cour a statué que, lorsque le nombre justifie la création d'un établissement, les représentants de la communauté de langue officielle ont droit à un certain degré de direction de cet établissement. Ce droit de gestion et de contrôle est présent indépendamment de l'existence d'une commission de la langue de la minorité qui, en fait, est requise à l'extrémité supérieure de l'échelle variable des droits. En l'espèce, où il existe une commission de langue française, il est essentiel d'analyser le droit à un établissement à Summerside en tenant compte du rôle et des pouvoirs de cette commission.

E. *Le rôle de la commission de langue française*

La question essentielle en l'espèce consiste à déterminer l'opinion qui devrait prévaloir dans de telles circonstances. Dans l'arrêt *Mahe*, précité, à la p. 372, la Cour a formulé la question de la manière suivante:

En outre, comme l'indique le contexte historique dans lequel l'art. 23 a été adopté, les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles. Cette carence n'est pas nécessairement intentionnelle: on ne peut attendre de la majorité qu'elle comprenne et évalue les diverses façons dont les méthodes d'instruction peuvent influencer sur la langue et la culture de la minorité.

Lorsqu'une commission de la minorité linguistique a été établie en vue de satisfaire à l'art. 23, il revient à la commission, parce qu'elle représente la communauté de la minorité linguistique officielle, de décider ce qui est le plus approprié d'un point de vue culturel et linguistique. Le rôle principal du ministre est de mettre en place des structures institutionnelles et des politiques et règlements qui répondent à la dynamique linguistique particulière

see *Reference re Public Schools Act (Man.)*, *supra*, at p. 863).

à la province (voir par exemple le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, à la p. 863).

44

When the Minister exercises his discretion to refuse a proposal pursuant to the Regulations, his discretion is limited by the remedial aspect of s. 23, the specific needs of the minority language community and the exclusive right of representatives of the minority to the management of minority language instruction and facilities. The case by case approach to s. 23 issues contemplated in *Mahe* requires that the particular context play an important role in the court's analysis. In this case, as a result of *Reference re: School Act, supra*, the government took effective measures to fulfill its obligations under s. 23. It considered that the management component of the right to minority language facilities could best be met through the transformation of the French language Unit 5 Regional Administrative Board into a provincial French language board. Regulations were adopted in February 1990 to provide an appropriate institutional framework. These measures preceded the release of reasons for judgment in *Mahe*. The appellants argue that the Regulations can reasonably be interpreted to conform to s. 23. Our analysis must therefore begin with the recognition that every school board has the powers of management that are specifically granted by the Act and Regulations. In addition, a minority language board, as the representative of the s. 23 rights holders, will have those further powers conferred by s. 23 to the extent appropriate under the sliding scale.

Lorsque le ministre exerce son pouvoir discrétionnaire pour refuser une proposition conformément au Règlement, ce pouvoir est restreint par le caractère réparateur de l'art. 23, les besoins particuliers de la communauté linguistique minoritaire et le droit exclusif des représentants de la minorité de gérer l'enseignement et les établissements d'enseignement de la minorité. L'analyse cas par cas de l'application de l'art. 23, qui est envisagée dans l'arrêt *Mahe*, exige que le contexte particulier joue un rôle important dans l'analyse du tribunal. En l'espèce, par suite du *Reference re: School Act*, précité, le gouvernement a pris des mesures concrètes pour s'acquitter de ses obligations en vertu de l'art. 23. Il a estimé que la meilleure façon de respecter l'élément gestion du droit à des établissements dans la langue de la minorité était de transformer l'unité 5 de la commission administrative régionale de langue française en commission provinciale de langue française. Le Règlement a été pris en février 1990 afin de prévoir un cadre institutionnel. Ces mesures ont précédé la publication des motifs de l'arrêt *Mahe*. Les appelantes font valoir que l'on peut raisonnablement considérer que le Règlement est conforme à l'art. 23. Nous devons donc commencer notre analyse en reconnaissant que chaque commission scolaire possède les pouvoirs de gestion qui sont expressément prévus par la Loi et le Règlement. De plus, une commission de la langue de la minorité, en tant que représentant des titulaires des droits prévus par l'art. 23, possédera en outre les pouvoirs conférés par l'art. 23 conformément à l'échelle variable.

45

In *Mahe*, at pp. 371-72, Dickson C.J. articulated two reasons why management and control are critical to the enjoyment of s. 23 rights. First, they are essential to the preservation and enhancement of minority language education and culture. He stated, at p. 372, that management and control are necessary "because a variety of management issues in education, e.g., curricula, hiring and expenditures, can affect linguistic and cultural concerns". Second, the right to management and control

Dans l'arrêt *Mahe*, aux pp. 371 et 372, le juge en chef Dickson a formulé deux raisons pour lesquelles la gestion et le contrôle sont essentiels à l'exercice des droits garantis par l'art. 23. Premièrement, ils sont essentiels au maintien et à la valorisation de l'instruction et de la culture de la minorité. Il dit, à la p. 372, que la gestion et le contrôle sont nécessaires «parce que plusieurs questions de gestion en matière d'enseignement (programmes d'études, embauchage et dépenses, par exemple)

further the remedial goals of s. 23. Empowerment is essential to correct past injustices and to guarantee that the specific needs of the minority language community are the first consideration in any given decision affecting language and cultural concerns.

As to the degree of management and control that is mandated, the Court held that s. 23 rights holders must have control over “those aspects of education which pertain to or have an effect upon their language and culture” (p. 375). Exhaustive specifics cannot be given principally because of the sliding scale of rights and the need to adapt modalities to the particular circumstances of each province or territory.

The question posed here is whether the location of minority language instruction and facilities is an aspect of education that pertains to the preservation and flourishing of the linguistic minority community. The problem is that this issue may involve financial and pedagogical considerations that may have been adopted by the department of education independently of any cultural or linguistic considerations.

The key to resolving this debate is found in *Mahe, supra*, at p. 378, where Dickson C.J. says:

... the specific form of educational system provided to the minority need not be identical to that provided to the majority. The different circumstances under which various schools find themselves, as well as the demands of a minority language education itself, make such a requirement impractical and undesirable.

Because the Minister did not think that programs delivered by the seven small schools that had between 55 and 83 students were pedagogically beneficial, he did not recognize that by denying a similarly sized facility to the minority language community in Summerside he was depriving

peuvent avoir des incidences sur les domaines linguistique et culturel». Deuxièmement, le droit à la gestion et au contrôle sert l’objectif réparateur de l’art. 23. L’habilitation est essentielle pour redresser les injustices du passé et pour garantir que les besoins spécifiques de la communauté linguistique minoritaire constituent la première considération dans toute décision touchant des questions d’ordre linguistique ou culturel.

Quant au degré de gestion et de contrôle requis, la Cour a statué que les titulaires des droits garantis par l’art. 23 doivent avoir un contrôle sur «les aspects de l’éducation qui concernent ou qui touchent [leur] langue et [leur] culture» (p. 375). Il n’est pas possible de donner des détails exhaustifs principalement en raison de l’échelle variable des droits et du besoin d’adapter les modalités à la situation particulière de chaque province ou territoire.

La question en l’espèce est de savoir si l’emplacement de l’établissement d’enseignement dans la langue de la minorité est un aspect de l’éducation relatif à la préservation et à l’épanouissement de la communauté linguistique minoritaire. Le problème est que cette question peut mettre en cause des questions financières et pédagogiques qui peuvent avoir été décidées par le ministère de l’Éducation indépendamment de toute considération d’ordre culturel ou linguistique.

La solution à ce problème se trouve à la p. 378 de l’arrêt *Mahe*, précité, où le juge en chef Dickson dit:

... il n’est pas nécessaire que la forme précise du système d’éducation fourni à la minorité soit identique à celle du système fourni à la majorité. Les situations différentes dans lesquelles se trouvent diverses écoles, de même que les exigences de l’enseignement dans la langue de la minorité rendent une telle exigence peu pratique et peu souhaitable.

Parce qu’il pensait que les programmes dispensés par les sept petites écoles qui avaient entre 55 et 83 élèves n’étaient pas bénéfiques sur le plan pédagogique, le ministre n’a pas reconnu qu’en refusant un établissement de taille similaire à la communauté linguistique minoritaire de Summerside, il

46

47

48

French language students of equal access to quality education in their own language.

privait les élèves francophones d'un accès égal à un enseignement de qualité dans leur propre langue.

49

What made sense to the minority language community and its Board did not make sense to the Minister because pedagogical needs were not understood in the same way. The fact that the pedagogical requirements of the minority need not be met in an identical way to those of the majority did not appear to be a factor in the decision of the Minister. The same is true on the evaluation of the transportation requirements. The Minister applied a 40 to 50 minute standard with respect to travel times, but this was an estimate of times for the province, not segregated with regard to the age of students and not reflective of travel time in the Summerside area, for which no evidence was presented. Although these travel times may be reasonable for official language minority students in some circumstances, they could not absolutely govern the decision in this case.

Ce qui semblait logique pour la communauté linguistique minoritaire et sa commission ne l'était pas pour le ministre parce que les besoins pédagogiques n'étaient pas compris de la même manière. Le fait qu'il n'était pas nécessaire de répondre aux exigences pédagogiques de la minorité de la même manière qu'à ceux de la majorité ne semble pas avoir été un facteur dans la décision du ministre. Cela est vrai aussi de l'évaluation des exigences en transport. Le ministre a appliqué une norme de 40 à 50 minutes de durée de transport, mais il s'agissait d'une évaluation de la durée du temps de transport pour la province, ne tenant pas compte de l'âge des élèves et ne traduisant pas la durée du transport dans la région de Summerside, au sujet de laquelle aucun élément de preuve n'a été présenté. Même si la durée de ces trajets peut être raisonnable pour des élèves de la minorité linguistique officielle dans certaines circonstances, elle ne pouvait absolument pas régir la décision en l'espèce.

50

The travel considerations should have been applied differently for minority language children for at least two reasons. First, unlike majority language children, s. 23 children were faced with a choice between a locally accessible school in the majority language and a less accessible school in the minority language. The decision of the Minister fostered an environment in which many of the s. 23 children were discouraged from attending the minority language school because of the long travel times. A similar disincentive would not arise in the circumstances of the majority. Second, the choice of travel would have an impact on the assimilation of the minority language children while travel arrangements had no cultural impact on majority language children. For the minority, travel arrangements were in large measure a cultural and linguistic issue; they involved not only travel times but also a consideration of distances because of the impact of having children sent outside their community and of not having an educational institution within the community itself.

Les questions de transport auraient dû être appliquées différemment dans le cas des enfants de la minorité linguistique pour au moins deux raisons. Premièrement, contrairement aux enfants de la majorité linguistique, les enfants visés par l'art. 23 devaient faire un choix entre fréquenter une école locale dans la langue de la majorité et fréquenter une école moins accessible dans la langue de la minorité. La décision du ministre créait une situation qui avait pour effet de dissuader de nombreux enfants visés par l'art. 23 de fréquenter l'école de la minorité linguistique en raison de la durée du transport. Un tel facteur dissuasif n'existerait pas dans le cas des enfants de la majorité. Deuxièmement, le choix de transporter les élèves aurait une incidence sur l'assimilation des enfants de la minorité linguistique tandis que les modalités de transport n'avaient aucune répercussion culturelle sur les enfants de la majorité linguistique. Pour la minorité, il s'agissait en grande partie d'une question culturelle et linguistique; il s'agissait non seulement de la durée des trajets, mais aussi des dis-

As just mentioned, travel arrangements are a possible method of providing services to official language minority students, but they have to be considered in the context of the pedagogical and cost requirements which pertain to the application of s. 23.

In our view, the Appeal Division erred in deciding that the sliding scale approach was governed by the “reasonable accessibility” of services without considering which services would best encourage the flourishing and preservation of the French language minority; see *Reference re Public Schools Act (Man.)*, *supra*, at p. 850. It also erred in accepting that the Minister could unilaterally decide the issue. We would instead affirm the conclusion of Hallett J. in the similar case of *Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 50 D.L.R. (4th) 405 (N.S.S.C.T.D.), at p. 415, where he said: “Sending elementary school children on bus trips of 30 to 45 minutes each way when it is not necessary, is unreasonable if appropriate priorities are kept in mind.” The question is also, whose priorities? Obviously, it has to be the priorities of the minority community because the determination of such priorities lies at the core of the management and control conferred on the minority language rights holders and their legitimate representatives by s. 23. Of course, these priorities must be determined and exercised in light of the role of the Minister.

F. *The Role of the Minister*

This is not to say that the Minister’s role is not important. In *Mahe*, *supra*, Dickson C.J. accepted, at p. 393, that “the government should have the widest possible discretion in selecting the institutional means by which its s. 23 obligations are to be met”. This discretion is however subject to the positive obligation on government to alter or develop “major institutional structures” to effec-

tances parcourues du fait qu’il fallait envoyer les enfants à l’extérieur de leur communauté et qu’il n’y avait pas d’établissement d’enseignement au sein de la communauté même. Comme nous venons tout juste de le mentionner, le transport est un moyen possible d’assurer des services aux enfants de la minorité linguistique officielle, mais il faut l’examiner dans le contexte des considérations pédagogiques et des coûts liés à l’application de l’art. 23.

À notre avis, la Section d’appel a fait erreur en statuant que la méthode du critère variable était régie par l’«accessibilité raisonnable» des services sans examiner quels services favoriseraient le mieux l’épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone; voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, à la p. 850. Elle a aussi fait erreur en concluant que le ministre pouvait trancher unilatéralement cette question. Nous serions plutôt d’avis de confirmer la conclusion du juge Hallett dans une affaire similaire *Lavoie c. Nova Scotia (Attorney-General)* (1988), 50 D.L.R. (4th) 405 (C.S.N.-É. 1^{re} inst.), à la p. 415, où il a dit: [TRADUCTION] «Si on tient compte des vraies priorités, il n’est pas raisonnable de faire faire à des enfants de l’école primaire des trajets en autobus d’une durée de 30 à 45 minutes dans chaque sens lorsque cela n’est pas nécessaire.» La question est aussi, les priorités de qui? Il est évident qu’il doit s’agir des priorités de la communauté minoritaire parce que la détermination de ces priorités est au cœur même de la gestion et du contrôle conférés par l’art. 23 aux titulaires de droits linguistiques minoritaires et à leurs représentants légitimes. Évidemment, ces priorités doivent être déterminées et exercées en fonction du rôle du ministre.

F. *Le rôle du ministre*

Cela ne veut pas dire que le rôle du ministre n’est pas important. Dans l’arrêt *Mahe*, précité, le juge en chef Dickson a reconnu, à la p. 393, que «le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l’art. 23». Ce pouvoir discrétionnaire est toutefois assujéti à l’obli-

tively ensure the provision of minority language instruction and facilities and parental control on the scale warranted by the relevant number of children of the minority (see *Mahe*, at p. 365).

53 The province has a legitimate interest in the content and qualitative standards of educational programs for the official language communities and it can impose appropriate programs in so far as they do not interfere with the legitimate linguistic and cultural concerns of the minority. School size, facilities, transportation and assembly of students can be regulated, but all have an effect on language and culture and must be regulated with regard to the specific circumstances of the minority and the purposes of s. 23.

54 Section 23(3)(a) speaks of “wherever in the province”, meaning that the calculation of the relevant numbers is not restricted to the existing school boundaries. That the numbers warrant test should be applied on a local basis was first discussed in *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491 (Ont. C.A.), at pp. 521-22, and approved in *Mahe*, at p. 386. When a minority language board has been established, the definition of the area is subject to the minority’s exclusive powers of management and control over minority language instruction and facilities, subject to objective provincial norms and guidelines that are consistent with s. 23. Otherwise, the remedial and protective potential of s. 23 would be greatly impaired. As noted above, a number of complex and subtle factors go into the equation beyond counting the number of students and measuring travel distances to other schools. The representatives of the majority cannot be expected to fully appreciate the ramifications and consequences of the choices made by the minority in this regard.

55 In the present case, the French Language Board had the obligation, pursuant to s. 6.07 of the Regu-

gation positive du gouvernement de changer ou de créer d’«importantes structures institutionnelles» afin d’assurer la prestation de l’enseignement dans la langue de la minorité et le contrôle parental suivant l’échelle justifiée par le nombre pertinent d’enfants de la minorité (voir *Mahe*, à la p. 365).

La province a un intérêt légitime dans le contenu et les normes qualitatives des programmes d’enseignement pour les communautés de langues officielles, et elle peut imposer des programmes dans la mesure où ceux-ci n’affectent pas de façon négative les préoccupations linguistiques et culturelles légitimes de la minorité. La taille des écoles, les établissements, le transport et les regroupements d’élèves peuvent être réglementés, mais tous ces éléments influent sur la langue et la culture et doivent être réglementés en tenant compte de la situation particulière de la minorité et de l’objet de l’art. 23.

L’alinéa 23(3)a) dit «partout dans la province», ce qui signifie que les calculs pertinents ne se limitent pas aux subdivisions scolaires existantes. L’application du critère numérique sur une base locale a été examinée pour la première fois dans l’arrêt *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 10 D.L.R. (4th) 491 (C.A. Ont.), aux pp. 521 et 522, approuvé dans l’arrêt *Mahe*, à la p. 386. Lorsqu’une commission linguistique minoritaire a été établie, la définition de la région est assujettie aux pouvoirs exclusifs de gestion et de contrôle de la minorité sur l’enseignement et les établissements de la minorité linguistique, sous réserve des normes et directives provinciales objectives compatibles avec l’art. 23. Sans cela, le caractère réparateur et protecteur de l’art. 23 serait grandement affaibli. Comme nous l’avons signalé plus haut, divers facteurs complexes et subtils entrent en ligne de compte en dehors du calcul du nombre d’élèves et de l’évaluation de la durée du transport vers d’autres écoles. On ne peut pas s’attendre à ce que les représentants de la majorité comprennent totalement les ramifications et les conséquences des choix faits par la minorité à cet égard.

En l’espèce, la commission de langue française a l’obligation, en vertu de l’art. 6.07 du Règlement,

lations, to offer French language instruction where numbers warrant and, pursuant to s. 128(2) of the Act, to determine the location of the required classes or facilities, subject to the approval of the Minister. The Minister accepted that, according to the Regulations and s. 23 factors, numbers warranted instruction, but objected to it being offered in Summerside. The Minister's decision is unconstitutional because the offer of classes or a facility came within the exclusive right of management of the minority and met with all provincial and constitutional requirements. The Minister's discretion was limited to verifying whether the Board had met provincial requirements. There were no pedagogical or financial parameters that were not met by the Board. Indeed, the Minister confirmed on the appeal as he had throughout the litigation that there were no financial impediments. The Minister had no power to impose his own criteria as a substitute. Nor could the Minister substitute his decision for that of the Board simply because he was of the view that the decision of the Board was not a good one.

G. *The Requirement for Local Facilities*

The duty to promote French language and culture in Prince Edward Island cannot mean that the government can impose the concentration of all minority language students in one predominantly French region. Both a textual and purposive analysis of s. 23(3) of the *Charter* indicate that when the numbers of s. 23 children in a specific area warrant the provision of minority language instruction, that instruction should take place in facilities located in the community where those children reside. Section 23(3)(a) states that the right to minority language instruction applies "wherever in the province" (emphasis added) the number of children is sufficient to warrant such instruction. The words "wherever in the province" link the right to instruction to the geographic place where the conditions for the exercise of that right are present. As noted in *Reference re: School Act, supra*, at p. 516, the term "wherever in the province" when construed in relation to the numbers warrant test "will limit a particular area within the province in which

de dispenser l'enseignement en français là où le nombre le justifie et, conformément au par. 128(2) de la Loi, de déterminer l'emplacement des classes ou établissements requis, sous réserve de l'approbation du ministre. Ce dernier a reconnu que, suivant le Règlement et les facteurs énumérés à l'art. 23, le nombre d'enfants justifiait la prestation de l'enseignement, mais s'est opposé à ce qu'il soit dispensé à Summerside. La décision du ministre est inconstitutionnelle parce que l'offre de classes ou d'un établissement relevait du pouvoir exclusif de gestion de la minorité et satisfaisait à toutes les exigences provinciales et constitutionnelles. Le pouvoir discrétionnaire du ministre se limitait à vérifier si la commission avait satisfait aux exigences provinciales. Il n'y avait aucun paramètre pédagogique ou financier auquel n'avait pas satisfait la commission. En fait, le ministre a confirmé lors de l'appel, comme il l'a fait tout au long du litige, qu'il n'y avait aucun obstacle d'ordre financier. Le ministre n'était pas habilité à imposer ses propres critères en remplacement. Il ne pouvait pas non plus substituer sa décision à celle de la commission simplement parce qu'il ne pensait pas qu'elle avait pris une bonne décision.

G. *Le besoin d'établissements locaux*

L'obligation de promouvoir la langue et la culture françaises à l'Île-du-Prince-Édouard ne peut pas signifier que le gouvernement peut imposer la concentration de tous les élèves de la minorité linguistique dans une seule région essentiellement francophone. Il ressort d'une analyse textuelle et fondée sur l'objet du par. 23(3) de la *Charte* que, lorsque le nombre d'enfants visés par l'art. 23 dans une région donnée justifie la prestation de l'enseignement dans la langue de la minorité, cet enseignement devrait être dispensé dans un établissement situé dans la communauté où résident ces enfants. L'alinéa 23(3)a) porte que le droit à l'instruction dans la langue de la minorité s'exerce «partout dans la province» (nous soulignons) où le nombre des enfants est suffisant pour justifier la prestation de cette instruction. Les mots «partout dans la province» lient le droit à l'instruction à l'endroit géographique où existent les conditions permettant l'exercice de ce droit. Comme on l'a fait remarquer dans *Reference re: School Act*, pré-

minority language education will have to be provided”.

cité, à la p. 516, lorsqu’ils sont interprétés en corrélation avec la justification par le nombre, les termes «partout dans la province» [TRADUCTION] «délimiteront une région dans la province où l’enseignement dans la langue de la minorité devra être dispensé».

57

Some have expressed concern that geographical boundaries are difficult to define, that they may change and that educational authorities should not be restricted in their ability to define the area for the reasonable assembly of students. It is argued that even minority language boards should be free to make decisions in this regard without the fear that any local community will require the opening of a school. This Court has recognized the diversity of circumstances and avoided adopting rigid formulae to govern these issues. The determination of the appropriate area for the provision of minority language instruction and facilities is something that has to be decided in each case with due consideration to the numbers involved as well as all of the important factors specific to the case. It is however important to note that the s. 23 standard is not neutral but favours community development. This is why Dickson C.J. stated in *Mahe, supra*, at p. 386: “In some instances it may be necessary to provide transportation for students, or perhaps to provide boarding, in order to meet the requirements of s. 23” (emphasis added). Another important consideration is that s. 23 was intended in part to protect the minority against the effect of measures adopted to suit the needs of the majority. It is therefore clear that minority language parents and their representatives are in the best position to identify local needs when it comes to defining the relevant areas. This decision will bring into play complex historical, social and geographical factors.

D’aucuns font valoir que les limites géographiques sont difficiles à définir, qu’elles peuvent changer et qu’on ne devrait pas restreindre la capacité des autorités scolaires de définir la région où il est raisonnable de regrouper les élèves. On a allégué que même les commissions de la minorité linguistique devraient être libres de prendre des décisions à cet égard sans craindre qu’une communauté locale exigera l’ouverture d’une école. Notre Cour a reconnu la diversité des circonstances et a évité d’adopter une formule rigide pour régler ces questions. La région où seront assurées la prestation de l’enseignement et la création d’établissements dans la langue de la minorité doit être déterminée dans chaque cas en tenant dûment compte du nombre d’enfants en cause ainsi que des facteurs importants spécifiques à chaque cas. Il est toutefois important de signaler que la norme prévue à l’art. 23 n’est pas neutre, mais favorise le développement de la communauté. C’est pourquoi le juge en chef Dickson dit dans l’arrêt *Mahe*, précité, à la p. 386: «Dans certains cas, il pourra être nécessaire d’assurer le transport des élèves, ou peut-être prévoir des pensionnats, pour répondre aux exigences de l’art. 23» (nous soulignons). Une autre considération importante est que l’art. 23 était destiné en partie à protéger la minorité contre l’effet des mesures adoptées pour répondre aux besoins de la majorité. Il est donc évident que les parents de la minorité linguistique et leurs représentants sont les mieux placés pour identifier les besoins locaux lorsqu’il s’agit de définir les régions pertinentes. Cette décision fera intervenir des facteurs historiques, sociaux et géographiques complexes.

58

This does not mean that in a special situation a s. 23 right holder could not challenge the decision of a minority language board; it simply means that the decision is subject to the exclusive powers of the minority over the management and control of

Cela ne signifie pas que, dans une situation donnée, le titulaire des droits garantis par l’art. 23 pourrait pas contester la décision d’une commission de la minorité linguistique; cela signifie simplement que la décision est assujettie aux pouvoirs

minority language instruction and facilities under s. 23 and that this is the context within which a challenge of that decision would have to be made. The province can also regulate this area, as previously mentioned, by fixing legitimate parameters to the exercise of the right of management by the Board. Regulations can therefore authorize the Minister to intervene in an appropriate manner to enforce the provincial norms.

V. Conclusion

The number of students that triggered the provision of instruction and facilities under the terms of s. 23 of the *Charter* was somewhere between 49 and 155. The potential demand for services could be determined by inferring that the established demand would increase after the services actually became available, as had been the case in Charlottetown. The Appeal Division erred in its application of the numbers warrant test in concluding that only 65 children would eventually take advantage of primary French language instruction in Summerside in the 1996-97 school year.

The Minister erred in determining that transportation to École Évangéline was sufficient to fulfill the government's obligation to provide French language education in Summerside. He also failed to defer to the decision of the French Language Board, which was properly made within its mandate under provincial Regulations and according to constitutional requirements.

There was no legal basis for the Minister's refusal to accept the request of the Board since this request met with all provincial and constitutional requirements. The pedagogical arguments and reference to provincial transportation averages could not justify interference with the Board's decision. The Appeal Division erred in accepting that the decision of the Minister was consistent with the s. 23 obligations of the province to promote and provide instruction and facilities in the minority

exclusifs de la minorité sur la gestion et le contrôle de l'enseignement et des établissements d'enseignement dans la langue de la minorité en vertu de l'art. 23, et que c'est dans ce contexte qu'il faudrait contester cette décision. La province peut aussi réglementer ce domaine, comme nous l'avons déjà mentionné, en fixant des paramètres légitimes à l'exercice du droit de gestion de la commission. Le Règlement peut donc autoriser le ministre à intervenir de la manière appropriée pour faire appliquer les normes provinciales.

V. Conclusion

Le nombre d'élèves qui a donné lieu à la demande d'enseignement et d'établissement aux termes de l'art. 23 de la *Charte* se situait entre 49 et 155. La demande éventuelle de services pouvait être déterminée en postulant que la demande établie augmenterait une fois les services offerts, comme cela avait été le cas à Charlottetown. La Section d'appel a fait une erreur dans l'application du critère numérique lorsqu'elle a conclu que seulement 65 enfants se prévaudraient en définitive de l'enseignement en français au primaire à Summerside au cours de l'année scolaire 1996-1997.

Le ministre a commis une erreur en concluant que le transport des enfants à l'école Évangéline permettait de respecter l'obligation du gouvernement d'assurer un enseignement en français à Summerside. Il a en outre omis de déférer à la décision de la commission de langue française qui avait été prise régulièrement dans le cadre du mandat conféré par les règlements provinciaux et conformément aux exigences constitutionnelles.

Le ministre n'était pas fondé en droit de refuser la demande de la commission puisque cette demande répondait à toutes les exigences provinciales et constitutionnelles. Les arguments pédagogiques et les moyennes provinciales de durée du transport scolaire ne pouvaient pas justifier une intervention à l'égard de la décision de la commission. La Section d'appel a commis une erreur en concluant que la décision du ministre respectait l'obligation imposée par l'art. 23 à la province de promouvoir l'instruction et de fournir des établissements dans la langue de la minorité, et que des

59

60

61

language and in concluding that buses could be considered educational facilities.

autobus pouvaient être considérés comme des établissements d'enseignement.

62

In particular, the Appeal Division failed to take into account the minority language children's specific circumstances and the importance of the French Language Board in deciding matters that affect the linguistic and cultural development of the community. The French Language Board has the exclusive power to decide how it will provide services to the minority in the Summerside area; within the legitimate constraints set out by the province, its decisions also being subject to the rights of individual beneficiaries under s. 23.

En particulier, la Section d'appel n'a pas tenu compte de la situation particulière des enfants de la minorité linguistique et de l'importance de la commission de langue française pour trancher des questions ayant des répercussions sur le développement linguistique et culturel de la communauté. La commission de langue française est exclusivement habilitée à décider comment elle assurera les services à la minorité dans la région de Summerside, dans le respect des contraintes légitimes imposées par la province, ses décisions étant assujetties également aux droits individuels de personnes visées par l'art. 23.

63

For these reasons, we would allow the appeal, set aside the decision of the Appeal Division and restore the decision of DesRoches J. with costs on a solicitor-client basis, as decided by DesRoches J., throughout.

Pour ces motifs, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Section d'appel, de rétablir la décision du juge DesRoches, avec dépens sur la base avocat-client dans toutes les cours, comme l'avait statué le juge DesRoches.

Appeal allowed with costs.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Solicitors for the appellants: Campbell, Lea, Michael, McConnell & Pigot, Charlottetown.

Procureurs des appelantes: Campbell, Lea, Michael, McConnell & Pigot, Charlottetown.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Prince Edward Island, Charlottetown.

Procureur de l'intimé: Le procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard, Charlottetown.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Commission scolaire de langue française de l'Île-du-Prince-Édouard: Pierre Foucher, Dieppe, New Brunswick.

Procureur de l'intervenante la Commission scolaire de langue française de l'Île-du-Prince-Édouard: Pierre Foucher, Dieppe, Nouveau-Brunswick.

Solicitors for the intervener the Commission nationale des parents francophones: Genest Murray DesBrisay Lamek, Toronto.

Solicitors for the intervener the Société St-Thomas d'Aquin — Société acadienne de l'Île-du-Prince-Édouard: Patterson Palmer Hunt Murphy, Moncton.

Solicitor for the intervener the Commissioner of Official Languages of Canada: The Office of the Commissioner of Official Languages of Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Commission nationale des parents francophones: Genest Murray DesBrisay Lamek, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société St-Thomas d'Aquin — Société acadienne de l'Île-du-Prince-Édouard: Patterson Palmer Hunt Murphy, Moncton.

Procureur de l'intervenant le Commissaire aux langues officielles du Canada: Le Commissariat aux langues officielles du Canada, Ottawa.

Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish *Appellants*

and

Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 and Margaret Ward Lounds *Appellants*

v.

Her Majesty the Queen in right of Alberta, the Attorney General for Alberta and the Minister of Education *Respondents*

and

Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando *Respondents*

INDEXED AS: PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA
v. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL)

Neutral citation: 2000 SCC 2.

File No.: 26701.

2000: January 14.*

Present: Binnie J.

MOTION TO INTRODUCE FRESH EVIDENCE

Practice — Supreme Court of Canada — Fresh evidence — Motion to introduce fresh evidence of legislative fact — Traditional test for admission of fresh evidence on appeal applicable — Fresh evidence test not met — Lack of due diligence to adduce part of fresh evidence — Fresh evidence not related in any precise way to propositions for which it is sought to be adduced —

*Revised January 19, 2000.

Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish *Appellants*

et

Board of Trustees of Calgary Board of Education No. 19 et Margaret Ward Lounds *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, le procureur général de l'Alberta et le ministre de l'Éducation *Intimés*

et

Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando *Intimés*

RÉPERTORIÉ: PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA
c. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Référence neutre: 2000 CSC 2.

N° du greffe: 26701.

2000: 14 janvier*.

Présent: Le juge Binnie.

REQUÊTE EN PRODUCTION DE NOUVEAUX
ÉLÉMENTS DE PREUVE

Pratique — Cour suprême du Canada — Nouveaux éléments de preuve — Requête en production de nouveaux éléments de preuve relativement à un fait législatif — Applicabilité du critère traditionnel concernant la recevabilité de nouveaux éléments de preuve — Exigences du critère non respectées — Manque de diligence dans la production des nouveaux éléments de preuve — Absence de lien précis entre ces nouveaux éléments et les allégations qu'ils sont censés appuyer —

*Révisée le 19 janvier 2000.

Fresh evidence could not affect result — Motion dismissed.

Practice — Supreme Court of Canada — Fresh evidence — Due diligence — Motion to introduce fresh evidence cannot be justified solely on basis that new jurisprudence has given relevance to evidence available but not adduced at trial.

Practice — Supreme Court of Canada — Fresh evidence — Applicants seeking to introduce fresh evidence of legislative fact over objection — Controversial evidence — Fairness suggesting that applicants should be precise as to points sought to be established by fresh evidence and what is relied on in support thereof — Precision allowing court to better evaluate importance and weight of fresh evidence and enabling opposing counsel to evaluate extent of controversy posed by fresh evidence — Fresh evidence motion should include draft of paragraphs to be inserted in factum, with supporting references, in event motion successful.

Evidence — Fresh evidence — Motion to introduce fresh evidence of legislative fact — Concept of “legislative fact” not excuse to put before court controversial evidence without providing proper opportunity for its truth to be tested.

Cases Cited

Applied: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; **considered:** *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; **referred to:** *Dormuth v. Untereiner*, [1964] S.C.R. 122; *Varette v. Sainsbury*, [1928] S.C.R. 72; *K.V.P. Co. v. McKie*, [1949] S.C.R. 698.

MOTION to introduce fresh evidence. Motion dismissed.

Written submissions by *Dale Gibson* and *Rangi J. Jeerakathil*, for the appellants/applicants Public School Boards' Association of Alberta, Board of

Nouveaux éléments non susceptibles d'influencer le résultat — Requête rejetée.

Pratique — Cour suprême du Canada — Nouveaux éléments de preuve — Diligence raisonnable — Une requête en production de nouveaux éléments de preuve ne peut être justifiée uniquement par le fait qu'une nouvelle décision judiciaire vient rendre pertinente une preuve qui était disponible au moment du procès.

Pratique — Cour suprême du Canada — Nouveaux éléments de preuve — Requérants demandant à produire de nouveaux éléments de preuve relativement à un fait législatif — Requête contestée — Éléments de preuve controversés — L'équité commande que les requérants précisent ce qu'ils entendent établir au moyen des nouveaux éléments de preuve et lesquels parmi ces éléments seront invoqués au soutien de leur thèse — Ces précisions permettent au tribunal de mieux évaluer l'importance et la valeur probante des nouveaux éléments de preuve, en plus de permettre aux avocats de la partie adverse de déterminer dans quelle mesure ces nouveaux éléments prêtent à la controverse — La requête en production de nouveaux éléments de preuve devrait être accompagnée de l'ébauche des paragraphes qui seront intégrés au mémoire, avec références à l'appui, si la requête est accueillie.

Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Requête en production de nouveaux éléments de preuve relativement à un fait législatif — Le concept de «fait législatif» ne peut être invoqué pour présenter au tribunal un élément de preuve controversé sans donner la possibilité d'en contester la véracité.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; **arrêts examinés:** *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; **arrêts mentionnés:** *Dormuth c. Untereiner*, [1964] R.C.S. 122; *Varette c. Sainsbury*, [1928] R.C.S. 72; *K.V.P. Co. c. McKie*, [1949] R.C.S. 698.

REQUÊTE en production de nouveaux éléments de preuve. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Dale Gibson* et *Rangi J. Jeerakathil*, pour les appelants/requérants Public School Boards' Association of Alberta, Board of

Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish.

Written submissions by *Robert Maybank* and *Margaret Unsworth*, for the respondents Her Majesty the Queen in right of Alberta, the Attorney General for Alberta and the Minister of Education, respondents on the motion.

Written submissions by *Kevin P. Feehan*, for the respondents Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando, respondents on the motion.

The following is the order delivered by

1 BINNIE J. — This is an application by the appellants, the Public School Boards' Association of Alberta, the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish (hereinafter collectively called "PSBAA") to introduce fresh evidence to demonstrate two "underlying constitutional principles" in the present appeal, which they define as (a) "the reasonable (limited, supervised) governmental autonomy of municipal institutions"; and (b) "the basic constitutional equality of public and separate schools". The fresh evidence sought to be introduced includes several batches of statistics, a couple of newspaper columns, a report by the Canada West Foundation entitled *Cities @ 2000: Canada's Urban Landscape* and the interim report of the Education Property Tax Committee of the Alberta Legislative Assembly.

2 The present motion is the latest "fresh evidence" skirmish between the appellants and respondents. Initially, the Attorney General for Alberta sought to adduce fresh statistical evidence. This was opposed by the PSBAA. The application was dismissed by order of McLachlin J. (as she then was) dated May 19, 1999. Subsequently, the Attorney General for Alberta took exception to certain material included in the book of authorities and record book filed by the PSBAA, and much of the impugned material was struck out by my order dated November 18, 1999, [1999] 3 S.C.R. 845,

Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish.

Argumentation écrite par *Robert Maybank* et *Margaret Unsworth*, pour les intimés Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, le procureur général de l'Alberta et le ministre de l'Éducation, intimés à la requête.

Argumentation écrite par *Kevin P. Feehan*, pour les intimés Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando, intimés à la requête.

Version française de l'ordonnance rendue par

LE JUGE BINNIE — Il s'agit d'une demande présentée par les appelants, Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish (appelés collectivement la «PSBAA»), pour produire dans le cadre du présent pourvoi une preuve nouvelle relativement à deux [TRADUCTION] «principes constitutionnels sous-jacents» savoir a) [TRADUCTION] «l'autonomie gouvernementale raisonnable (limitée, contrôlée) des institutions municipales» et b) «l'égalité constitutionnelle fondamentale des écoles publiques et des écoles séparées». La preuve nouvelle en question comprend plusieurs lots de statistiques, des articles de journaux, un rapport de la Canada West Foundation intitulé *Cities @ 2000: Canada's Urban Landscape* et le rapport provisoire du comité sur la taxe scolaire de l'assemblée législative de l'Alberta.

La présente requête est le fruit de la plus récente escarmouche entre les parties en matière de «preuve nouvelle». Initialement, le procureur général de l'Alberta a tenté de produire une preuve nouvelle constituée de données statistiques. La PSBAA s'y est opposée, et la demande a été rejetée par le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) en date du 19 mai 1999. Par la suite, le procureur général de l'Alberta s'est opposé à certains documents compris dans le recueil de jurisprudence et de doctrine et du dossier produits par la PSBAA, et bon nombre des documents visés ont

without prejudice to the right of the PSBAA, to bring a motion to adduce fresh evidence in the ordinary way if so advised. The present motion seeks to reinstate some of the material earlier struck out, as well as to adduce additional fresh evidence, including statistical information and two reports.

I am of the view that the motion must be dismissed for the reasons which follow.

Legislative Fact and Adjudicative Fact

In the earlier decision of November 18, 1999, reference was made to the distinction between legislative fact and adjudicative fact. Adjudicative facts are those that concern the immediate parties and disclose who did what, where, when, how and with what motive or intent. Legislative facts are traditionally directed to the validity or purpose of a legislative scheme under which relief is being sought. Such background material was originally put before the courts of the United States in constitutional litigation through what became known as the Brandeis brief. As Sopinka J. pointed out in *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at p. 1099:

Legislative facts are those that establish the purpose and background of legislation, including its social, economic and cultural context. Such facts are of a more general nature, and are subject to less stringent admissibility requirements. . . .

The usual vehicle for reception of legislative fact is judicial notice, which requires that the "facts" be so notorious or uncontroversial that evidence of their existence is unnecessary. Legislative fact may also be adduced through witnesses. The concept of "legislative fact" does not, however, provide an excuse to put before the court controversial evidence to the prejudice of the opposing party without providing a proper opportunity for its truth to be tested. In this application, PSBAA is endeavouring to adduce apparently controversial material without the intermediary of a knowledge-

été radiés en application de l'ordonnance que j'ai rendue le 18 novembre 1999, [1999] 3 R.C.S. 845, sous réserve du droit de la PSBAA de présenter une requête pour produire une preuve nouvelle suivant le mode habituel si elle le jugeait opportun. La présente requête vise la réintégration de certains des documents radiés précédemment, de même que la production de nouveaux éléments de preuve, y compris des données statistiques et deux rapports.

Je suis d'avis que la requête doit être rejetée pour les motifs suivants.

Fait législatif et fait en litige

Il est fait mention, dans la décision antérieure du 18 novembre 1999, de la distinction entre un fait législatif et un fait en litige. Un fait en litige touche les parties directement intéressées et indique qui a fait quoi, où, quand, comment, pourquoi et dans quelle intention. Un fait législatif se rapporte traditionnellement à la validité ou à l'objet du texte législatif sur le fondement duquel un redressement est demandé. Des documents énonçant de tels faits ont été déposés pour la première fois devant les tribunaux aux États-Unis dans le cadre d'une affaire constitutionnelle au moyen de ce qui a été appelé le mémoire de Brandeis. Comme le juge Sopinka l'a fait remarquer dans *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, à la p. 1099:

Les faits législatifs sont ceux qui établissent l'objet et l'historique de la loi, y compris son contexte social, économique et culturel. Ces faits sont de nature plus générale et les conditions de leur recevabilité sont moins sévères. . . .

Un fait législatif est habituellement admis au moyen de la connaissance d'office, qui exige que les «faits» soient à ce point notoires ou exempts de controverse qu'il ne soit pas nécessaire d'en faire la preuve. Un fait législatif peut également être présenté par un témoin. Cependant, on ne peut, sous le couvert d'un «fait législatif», saisir le tribunal d'un élément de preuve controversé, au détriment de la partie adverse, sans permettre convenablement à cette dernière d'en contester la véracité. En l'espèce, la PSBAA tente de produire des éléments apparemment controversés sans recourir à

3

4

5

able witness. There is a supporting "information and belief" affidavit from a member of the Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7, who essentially identifies the various categories of fresh evidence based on information provided by one of his counsel on this appeal. The deponent does not claim in his affidavit either relevant expertise or relevant personal knowledge.

Test for Fresh Evidence

6 The traditional test for the admission of fresh evidence on appeal was stated by this Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, at p. 775:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases: see *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484.
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

7 The *Palmer* case dealt with adjudicative fact. A key Crown witness gave a declaration that his trial evidence was untrue, that it had been fabricated in its entirety, and that he had been influenced by threats and inducements, including the promise of payments of money by the police. The evidence was considered wholly unreliable by the Court and the application was refused.

8 A comparable rule in terms of fresh evidence of adjudicative fact is applied in civil cases: see *Dormuth v. Untereiner*, [1964] S.C.R. 122, at pp. 130-31, *Varette v. Sainsbury*, [1928] S.C.R. 72, and *K.V.P. Co. v. McKie*, [1949] S.C.R. 698.

un témoin averti. Elle a produit à l'appui un affidavit faisant état de «la connaissance et la croyance» d'un membre du Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7, qui énumère essentiellement les différentes catégories de la preuve nouvelle à partir de renseignements fournis par l'un des avocats de la partie appelante. L'auteur de l'affidavit ne fait pas mention de compétences ou de connaissances personnelles pertinentes.

Critère relatif à la preuve nouvelle

Le critère traditionnel concernant la recevabilité de nouveaux éléments de preuve en appel a été énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, à la p. 775:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une déposition qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles: voir *McMartin c. La Reine*, [1964] R.C.S. 484.
- (2) La déposition doit être pertinente, en ce sens qu'elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La déposition doit être plausible, en ce sens qu'on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l'on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu'avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

Dans l'affaire *Palmer*, il était question de faits en litige. Un témoin clé du ministère public avait affirmé que son témoignage était faux, entièrement fabriqué, et qu'il avait été influencé par des menaces et des incitations, y compris la promesse de paiements d'argent faite par la police. La preuve a été jugée non digne de foi dans sa totalité, et la demande a été rejetée.

Une règle semblable a été appliquée en matière civile relativement à la preuve nouvelle d'un fait en litige dans *Dormuth c. Untereiner*, [1964] R.C.S. 122, aux pp. 130 et 131, *Varette c. Sainsbury*, [1928] R.C.S. 72, et *K.V.P. Co. c. McKie*, [1949] R.C.S. 698.

A recent application of the fresh evidence test in this Court was in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, where a psychiatric report was successfully sought to be submitted by the defence over the Crown's objections. The case illustrates the less strict application in criminal cases of the due diligence requirement in *Palmer*. The accused offered a thin argument on the issue of due diligence, but Major J. held for the majority, at para. 56:

While the fresh evidence failed the due diligence test in *Palmer*, the evidence sought to be introduced was credible and if believed could affect the verdict. It is my opinion that the Court of Appeal's decision to admit the evidence after balancing the factors described was correct and should be upheld. The respondent's failure to meet the due diligence requirement is serious and in many circumstances would be fatal; however it is overborne by the interests of justice and as Carthy J.A. stated in *R. v. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84 (Ont. C.A.), at p. 87, a failure to meet the due diligence requirement should not "override accomplishing a just result".

The requirements of due diligence, relevance, credibility and decisiveness are also pertinent to an application to adduce fresh evidence of legislative fact. While, as pointed out by Sopinka J. in *Danson, supra*, at p. 1099, proof of legislative fact is "subject to less stringent admissibility requirements", this does not mean that the *Palmer* requirements are altogether dispensed with. The *Palmer* principles reflect a broader judicial policy to achieve finality on the factual record at the trial level, with very limited exceptions. The matters in issue should narrow rather than expand as the case proceeds up the appellate ladder. The present application would, if allowed, broaden the field of combat.

Further, it is not fair to the other parties for an applicant seeking to adduce this type of fresh

Notre Cour a récemment appliqué le critère relatif à la preuve nouvelle dans *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, où la défense a réussi à produire un rapport psychiatrique malgré les objections formulées par le ministère public. Il s'agit d'un exemple de l'application moins stricte en matière pénale du critère de la diligence raisonnable énoncé dans *Palmer*. Les arguments avancés par l'accusé relativement à la question de la diligence raisonnable étaient minces, mais le juge Major a statué ce qui suit au nom de la majorité au par. 56:

Même si le nouvel élément de preuve ne satisfaisait pas au critère de diligence raisonnable énoncé dans l'arrêt *Palmer*, la preuve que l'on cherchait à produire était plausible et pourrait influencer sur le verdict, si on y ajoutait foi. Je suis d'avis que la décision de la Cour d'appel d'admettre cette preuve après avoir soupesé les facteurs décrits était juste et doit être confirmée. Le défaut de l'intimé de satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable est grave et serait fatal dans bien des cas; toutefois, l'intérêt de la justice l'emporte et, comme le juge Carthy de la Cour d'appel l'a affirmé dans l'arrêt *R. c. C. (R.)* (1989), 47 C.C.C. (3d) 84 (C.A. Ont.), à la p. 87, le défaut de satisfaire à l'obligation de diligence raisonnable ne doit pas [TRADUCTION] «l'emporter sur l'obtention d'un résultat juste».

Les exigences que sont la diligence raisonnable, la pertinence, la crédibilité et le caractère décisif doivent être également pris en considération aux fins d'autoriser ou non la production d'une preuve nouvelle se rapportant à un fait législatif. Comme l'a signalé le juge Sopinka dans *Danson*, précité, à la p. 1099, lorsqu'il s'agit de faits législatifs, «les conditions de leur recevabilité sont moins sévères», mais les exigences énoncées dans *Palmer* s'appliquent néanmoins. Les principes dégagés dans *Palmer* traduisent un principe judiciaire plus général qui consiste à n'admettre la preuve de faits que pendant le procès, sous réserve de très rares exceptions. Les questions en litige devraient être davantage circonscrites au fur et à mesure que l'affaire progresse devant les tribunaux jusqu'au stade de l'appel, et non le contraire. S'il était fait droit à la requête en l'espèce, l'étendue du débat s'élargirait.

En outre, il n'est pas juste pour les autres parties qu'un requérant tente de produire ce genre de

evidence simply to lay a lot of material before the Court with a generalized explanation of its utility, leaving to the other party the need to guess at its precise significance. This is not a case where published social science commentary is adopted as part of counsel's argument, in which case any "facts" referred to would be treated by the Court simply as unproven assertions. These materials are sought to be established as evidence, albeit legislative fact evidence. They have a direct bearing on the matters in dispute, and they are (according to the respondents) controversial. In these circumstances, where it is sought to adduce such fresh evidence over objection, fairness suggests that the applicant should be precise as to the points sought to be established by the fresh evidence and what, in particular, is relied on in support thereof in the mass of "fresh" material presented. So far as the Court is concerned, such precision allows a better evaluation of the importance and weight of the so-called fresh evidence. So far as opposing counsel are concerned, such precision will enable them to evaluate the extent of the controversy posed by the fresh evidence, and whether, if admitted, it will have to be responded to. A reasonable practice would be to include in the fresh evidence application a draft of the paragraphs to be inserted in the factum, with supporting references, in the event the application is successful. The present application is deficient in this respect. The case is now at the final stage of appeal and as the appellants have chosen to seek the indulgence of the Court to enlarge the factual record, it should have been done in a way that identified in some detail the exact propositions for which the evidence was sought to be adduced, and related thereto the evidence to be relied upon. Neither the Court nor opposing counsel should have to engage in clairvoyance.

Due Diligence

12 Much of the "fresh" statistics sought to be introduced in this application predates the trial. The

preuve nouvelle simplement en déposant devant la Cour un ensemble de documents dont il justifie l'utilité de manière générale, de sorte que la partie adverse doit deviner quelle en est la portée exacte. Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un cas où l'avocat reprend, dans sa plaidoirie, un commentaire publié touchant les sciences sociales, auquel cas les «faits» mentionnés seraient tout simplement assimilés à des affirmations non prouvées. On demande que les éléments en cause soient admis à titre de preuve, mais de preuve d'un fait législatif. Ces éléments ont une incidence directe sur les questions en litige et (selon les intimés) ils suscitent la controverse. Dans les circonstances, lorsqu'une partie tente de produire de tels éléments de preuve nouveaux malgré l'opposition de la partie adverse, l'équité exige que la partie requérante précise ce qu'elle entend établir au moyen de la preuve nouvelle et ce qu'elle invoque en particulier à l'appui de sa thèse parmi tous les éléments de preuve «nouveaux». Pareille précision permet à la Cour de mieux évaluer l'importance et la valeur probante de la prétendue preuve nouvelle. Elle permet également aux avocats de la partie adverse de déterminer dans quelle mesure la preuve nouvelle prête à la controverse et, dans le cas où elle serait utilisée, s'il y a lieu d'y répondre. Il serait raisonnable d'exiger que la demande visant la production d'une preuve nouvelle renferme une ébauche des paragraphes devant être intégrés au mémoire, références à l'appui, pour le cas où la demande serait accueillie. La requête présentée en l'espèce ne satisfait pas à cette exigence. L'affaire en est maintenant au dernier stade de la procédure d'appel et, comme les appelants ont choisi de demander à la Cour de faire preuve d'indulgence et de les autoriser à étoffer le dossier des faits, ils auraient dû le faire en indiquant précisément les allégations dont ils cherchent à faire la preuve et les éléments de preuve sur lesquels ils comptaient se fonder à cet égard. Ni la Cour ni les avocats de la partie adverse ne devraient avoir à faire appel à la voyance.

Diligence raisonnable

Une bonne partie des statistiques «nouvelles» visées par la demande sont antérieures au procès.

applicants seek to excuse the failure to adduce this material at trial on the basis of this Court's subsequent decision in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, where the Court identified "respect for minorities" as a fundamental constitutional principle. From this starting point, the applicants seek to excuse the omission to adduce the available evidence at trial as follows:

Because the "protection of minorities" submission did not become possible until this Court decided the *Secession Reference* in 1998, there would have been no reason to tender the statistics in Exhibit "A" to the courts below, which heard the arguments in this case before then.

Such a submission cannot be accepted. The appellate courts bring down decisions in a steady stream. Recent decisions do not authorize a party to relitigate the trial by bringing in evidence that was either withheld or overlooked at the original hearing. Applications for fresh evidence cannot be justified solely on the basis that new jurisprudence has given counsel a new twist on an old argument.

Specific Categories of "Fresh" Evidence

1. *Statistics*

PSBAA seeks to adduce a breakdown of the student population by faith (Catholic vs. non-Catholic) in both Edmonton and Calgary Separate Catholic Schools in support of its submission that the bulk of Alberta students affiliated with religious minorities attend public schools. It is not suggested that the student profile today is significantly different from what it was at the time of trial. The introduction of these statistics is challenged by the Alberta Catholic School Trustees' Association, both as to the methodology of their collection and the significance to be drawn. This is a prime illustration of the desirability of having statistical information presented to the court in a timely way through an expert who can be cross-examined on their provenance and significance. If the evidence was important, it ought to have been led at trial.

Les requérants tentent de justifier leur omission de les produire au procès par le fait que notre Cour a déterminé ultérieurement, dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, que le «respect des minorités» constituait un principe constitutionnel fondamental. Partant, ils demandent à être excusés de l'omission de déposer les éléments de preuve dont ils disposaient au procès, dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Comme l'argument du «respect des minorités» ne pouvait être avancé avant que la Cour ne tranche dans le *Renvoi sur la sécession du Québec* en 1998, il n'y aurait eu aucune raison de présenter les statistiques correspondant à la pièce «A» devant les juridictions inférieures, qui avaient alors déjà entendu les plaidoiries en l'espèce.

On ne peut faire droit à une telle prétention. Les cours d'appel rendent constamment des décisions. Une partie ne peut invoquer une décision récente pour rouvrir le procès en présentant un élément de preuve qui ne l'a pas été lors de l'audition initiale. Une demande visant le dépôt d'une preuve nouvelle ne peut être justifiée uniquement par le fait qu'une nouvelle décision judiciaire permet à un avocat de présenter un vieil argument sous un angle nouveau.

Catégories particulières de la preuve «nouvelle»

1. *Les statistiques*

La PSBAA demande à mettre en preuve la répartition de l'effectif des élèves en fonction de la confessionnalité (catholique et non catholique) dans les écoles catholiques séparées d'Edmonton et de Calgary à l'appui de son allégation selon laquelle la majorité des élèves albertains appartenant aux minorités religieuses fréquentent l'école publique. Il ne s'agit pas de montrer que le profil des élèves a sensiblement changé depuis le procès. L'Alberta Catholic School Trustees' Association s'oppose à la mise en preuve de ces statistiques en raison, d'une part, de la méthodologie employée pour les compiler et, d'autre part, de la signification des données. La présente situation illustre bien l'opportunité de faire en sorte que de telles données statistiques soient présentées au tribunal en temps opportun par un expert susceptible d'être

The post-trial “up-dated” statistics do not provide a bootstrap to get into the record other statistical evidence which, with due diligence, might have been led at trial. Lack of due diligence is fatal to this aspect of the application.

2. *The Newspaper Articles*

14 I held in the previous order that the two newspaper articles sought to be adduced by the PSBAA do not constitute “legislative fact”. The two columns represent the opinion of two individuals writing in daily newspapers who may or may not have the underlying facts straight and whose opinion may or may not be valid. The authors cannot be cross-examined. The contents are apparently controversial. No basis has been made out by the applicants for admission of this material. It will therefore be rejected.

3. *The Cities @ 2000 Report*

15 This report by the Canada West Foundation consists of 78 pages of argument and related information. The executive summary gives an accurate summary of its content:

Cities @ 2000: Canada's Urban Landscape begins to explore the importance of cities in Canada by meeting three objectives:

- 1) Detailing how urbanization has proceeded in Canada within a national, regional and provincial context.
- 2) Constructing a profile of Canadian cities based on population growth, demographic change, and a variety of social and economic indicators.
- 3) Constructing a future research agenda to address the issues facing municipal governments.

16 While the report includes a good deal of statistical information, much of it is said to be “[d]erived by Canada West from Statistics Canada Census

contre-interrogé au sujet de leur provenance et de leur signification. Si la preuve était importante, elle aurait dû être présentée au procès. Les données statistiques «à jour» postérieures au procès ne permettent pas de verser au dossier d'autres éléments de preuve statistique qui, si la partie en cause avait fait preuve de diligence raisonnable, auraient pu être présentés au procès. Le défaut de diligence raisonnable est fatal quant à ce volet de la demande.

2. *Les articles de journaux*

Dans l'ordonnance précédente, j'ai conclu que les deux articles de journaux que la PSBAA souhaitait mettre en preuve ne constituaient pas des «faits législatifs». Il s'agit de l'opinion de deux personnes dont les articles sont publiés dans des quotidiens. On ignore si ces personnes connaissent bien les faits en cause et si leur opinion est valable ou non. Les auteurs ne peuvent être contre-interrogés. La teneur des articles est apparemment sujette à la controverse. Les requérants n'ont pas justifié l'admission en preuve de ces documents. La demande est donc rejetée à leur égard.

3. *Le rapport Cities @ 2000*

Ce rapport établi par la Canada West Foundation compte 78 pages d'argumentation et d'information connexe. Le résumé donne un bon aperçu de sa teneur:

[TRADUCTION] *Cities @ 2000: Canada's Urban Landscape* se penche tout d'abord sur l'importance des villes au Canada en fonction de trois objectifs:

- 1) Préciser la façon dont l'urbanisation s'est faite au Canada dans les contextes national, régional et provincial.
- 2) Établir un profil des villes canadiennes fondé sur l'accroissement de la population, les changements démographiques et divers facteurs sociaux et économiques.
- 3) Concevoir un programme de recherche ultérieure pour résoudre les questions avec lesquelles les gouvernements municipaux sont aux prises.

Bien que le rapport renferme une grande quantité de données statistiques, il y est précisé que ces dernières sont [TRADUCTION] «[t]irées par Canada

Reports, 1966 to 1996” (emphasis added). There is no way of testing either the methodology or the validity of opinions expressed in the report at this late stage of the litigation. There is no affidavit by an author of the report who could be cross-examined on its contents. In effect, PSBAA seeks to use the report in part as untested expert opinion and in part as a general warehouse of unexplained and (in this litigation) untested extrapolations of statistical data. Neither role is a permissible objective of a fresh evidence application.

4. *The Interim Report: Education Property Tax Committee*

This document was prepared by a committee of members of the Legislative Assembly to assess the education property tax system in Alberta. The document consists of 19 pages highlighting “key issues” that the committee proposes to inquire into, together with a number of comments on process and some interim steps. The report is preliminary in nature. It shows that legislators are pursuing concerns in the area, but such pursuit does not expand or contract the constitutional provisions which are the subject matter of the appeal. This material is too tentative to have any bearing on the outcome of the appeal.

Conclusion

In summary, the evidence offered in this application is controversial. Much of it is not fresh. It is not related in any precise way to the propositions for which it is sought to be adduced, and so far as can be determined none of it could reasonably be expected to affect the result on the matters at issue in this appeal in a significant way. The application is therefore dismissed with costs.

Motion dismissed with costs.

West des rapports sur les recensements de Statistique Canada de 1966 à 1996» (italiques ajoutés). À un stade aussi avancé de la procédure, il n’y a aucun moyen d’évaluer la méthodologie employée ou la validité des avis exprimés dans le rapport. Il n’existe aucun affidavit signé par un auteur du rapport, qui pourrait être contre-interrogé concernant sa teneur. En fait, la PSBAA tente d’utiliser le rapport en partie comme une preuve d’expert non vérifiée et en partie comme un ensemble d’extrapolations non expliquées et (dans le cadre de l’instance) non vérifiées sur des données statistiques. Aucune de ces utilisations ne correspond à un objectif légitime d’une demande de production d’une preuve nouvelle.

4. *Le rapport provisoire du comité sur la taxe scolaire*

Ce document a été rédigé par un comité composé de députés pour évaluer le système de perception de la taxe scolaire en Alberta. Le document compte 19 pages mettant en évidence les «questions clés» que le comité entend examiner, ainsi que certaines remarques sur la procédure et certaines mesures provisoires. Il s’agit essentiellement d’un rapport provisoire. Il montre que le législateur poursuit sa réflexion dans le domaine, mais cette démarche n’a pas pour effet d’accroître ou de réduire la portée des dispositions constitutionnelles qui font l’objet du pourvoi. Le document revêt un caractère trop provisoire et ne saurait avoir quelque incidence sur l’issue du pourvoi.

Conclusion

En résumé, les éléments de preuve prêtent à la controverse. Une bonne partie d’entre eux ne sont pas nouveaux. Ils ne sont pas liés de manière précise aux allégations qu’ils sont censés appuyer et, pour autant que l’on puisse le déterminer, on ne peut raisonnablement s’attendre à ce qu’ils puissent modifier de manière importante le règlement des questions en litige dans le présent pourvoi. La demande est donc rejetée avec dépens.

Requête rejetée avec dépens.

Solicitors for the appellants/applicants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 and Cathryn Staring Parrish: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Solicitor for the respondents Her Majesty the Queen in right of Alberta, the Attorney General for Alberta and the Minister of Education, respondents on the motion: The Department of Justice, Edmonton.

Solicitors for the respondents Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 and Dwayne Berlando, respondents on the motion: Fraser Milner, Edmonton.

Procureurs des appelants/requérants Public School Boards' Association of Alberta, Board of Trustees of the Edmonton School District No. 7 et Cathryn Staring Parrish: Dale Gibson Associates, Edmonton.

Procureur des intimés Sa Majesté la Reine du chef de l'Alberta, le procureur général de l'Alberta et le ministre de l'Éducation, intimés à la requête: Le ministère de la Justice, Edmonton.

Procureurs des intimés Alberta Catholic School Trustees' Association, Board of Trustees of Lethbridge Roman Catholic Separate School District No. 9 et Dwayne Berlando, intimés à la requête: Fraser Milner, Edmonton.

**The Workers' Compensation Board of
British Columbia** *Appellant*

v.

Dr. G.S. Singh *Respondent*

and

Frances Elizabeth Kovach *Respondent*

and between

Dr. G.S. Singh *Appellant*

v.

Frances Elizabeth Kovach *Respondent*

and

**The Workers' Compensation Board of
British Columbia** *Respondent*

and

**The Workers' Compensation Board of
Saskatchewan, the Workers' Compensation
Board of Nova Scotia, the Workers'
Compensation Board of Alberta, the
Workplace Health, Safety and
Compensation Commission of New
Brunswick, the United Association of
Injured and Disabled Workers, the Vernon
Injured Workers Support Group, the
Canadian Injured Workers' Prince George,
the Northern Vancouver Island Brain
Trauma Society and the Ontario Network of
Injured Workers' Groups** *Intervenors*

INDEXED AS: KOVACH v. BRITISH COLUMBIA (WORKERS'
COMPENSATION BOARD)

Neutral citation: 2000 SCC 3.

File No.: 25784.

**Le Workers' Compensation Board de la
Colombie-Britannique** *Appelant*

c.

Dr G.S. Singh *Intimé*

et

Frances Elizabeth Kovach *Intimée*

et entre

Dr G.S. Singh *Appelant*

c.

Frances Elizabeth Kovach *Intimée*

et

**Le Workers' Compensation Board de la
Colombie-Britannique** *Intimé*

et

**Le Workers' Compensation Board de la
Saskatchewan, le Workers' Compensation
Board de la Nouvelle-Écosse, le Workers'
Compensation Board de l'Alberta, la
Commission de la santé, de la sécurité et de
l'indemnisation des accidents au travail du
Nouveau-Brunswick, la United Association
of Injured and Disabled Workers, le Vernon
Injured Workers Support Group, le
Canadian Injured Workers' Prince George,
la Northern Vancouver Island Brain
Trauma Society et l'Ontario Network of
Injured Workers' Groups** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: KOVACH c. COLOMBIE-BRITANNIQUE
(WORKERS' COMPENSATION BOARD)

Référence neutre: 2000 CSC 3.

N° du greffe: 25784.

2000: January 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Workers' compensation — Limitation of right of action — Employee's back injured in course of employment — Employee experiencing continuing back pain — Doctor who operated on employee providing substandard treatment — Employee's action in negligence against doctor barred by workers' compensation legislation.

Statutes and Regulations Cited

Workers' Compensation Act, R.S.B.C. 1979, c. 437, s. 11.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98, 108 B.C.A.C. 283, 176 W.A.C. 283, 12 Admin. L.R. (3d) 180, [1999] 1 W.W.R. 498, [1998] B.C.J. No. 1245 (QL), setting aside a certificate issued by the Workers' Compensation Board. Appeal allowed.

R. Mark Powers and Scott A. Nielsen, for the appellant the Workers' Compensation Board of British Columbia.

James M. Lepp and Abigail C. F. Turner, for the appellant Singh.

Scott B. Stewart and Sandra M. Katalinic, for the respondent Kovach.

Robert G. Richards, Q.C., and *Wayne P. Dale*, for the intervener the Workers' Compensation Board of Saskatchewan.

Janet E. Curry and Nancy L. MacCready-Williams, for the intervener the Workers' Compensation Board of Nova Scotia.

Manoj Gupta, for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta.

2000: 20 janvier.

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

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

Accidents du travail — Restriction au droit d'action — Employé blessé au dos dans l'exercice de ses fonctions — Employé éprouvant constamment des douleurs au dos — Employé soumis à un traitement de qualité inférieure par le médecin qui l'a opéré — Loi sur les accidents du travail interdisant l'action pour négligence intentée par l'employé contre le médecin.

Lois et règlements cités

Workers' Compensation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 437, art. 11.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 52 B.C.L.R. (3d) 98, 108 B.C.A.C. 283, 176 W.A.C. 283, 12 Admin. L.R. (3d) 180, [1999] 1 W.W.R. 498, [1998] B.C.J. No. 1245 (QL), qui a annulé un certificat délivré par le Workers' Compensation Board. Pourvoi accueilli.

R. Mark Powers et Scott A. Nielsen, pour l'appellant le Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique.

James M. Lepp et Abigail C. F. Turner, pour l'appellant Singh.

Scott B. Stewart et Sandra M. Katalinic, pour l'intimée Kovach.

Robert G. Richards, c.r., et *Wayne P. Dale*, pour l'intervenant le Workers' Compensation Board de la Saskatchewan.

Janet E. Curry et Nancy L. MacCready-Williams, pour l'intervenant le Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse.

Manoj Gupta, pour l'intervenant le Workers' Compensation Board de l'Alberta.

Richard J. Tingley, Q.C., for the intervener the Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick.

James F. Sayre, for the interveners the United Association of Injured and Disabled Workers et al.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view, substantially for the reasons of Donald J.A. in the British Columbia Court of Appeal, to allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal, and restore the s. 11 certificate order of the Workers' Compensation Board, with costs to the appellant Dr. Singh here and in the courts below.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant the Workers' Compensation Board of British Columbia: The Workers' Compensation Board, Legal Services Department, Richmond.

Solicitors for the appellant Singh: Harper Grey Easton, Vancouver.

Solicitors for the respondent Kovach: Stewart & Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Workers' Compensation Board of Saskatchewan: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Nova Scotia: The Workers' Compensation Board, Halifax.

Solicitor for the intervener the Workers' Compensation Board of Alberta: The Workers' Compensation Board, Legal Services Department, Edmonton.

Richard J. Tingley, c.r., pour l'intervenante la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick.

James F. Sayre, pour les intervenants la United Association of Injured and Disabled Workers et autres.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis, essentiellement pour les raisons exposées par le juge Donald de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir l'ordonnance dans laquelle le Workers' Compensation Board a délivré un certificat en vertu de l'art. 11, l'appellant le D^r Singh ayant droit à ses dépens en notre Cour et dans les tribunaux d'instance inférieure.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant le Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique: The Workers' Compensation Board, Legal Services Department, Richmond.

Procureurs de l'appelant Singh: Harper Grey Easton, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Kovach: Stewart & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Workers' Compensation Board de la Saskatchewan: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureur de l'intervenant le Workers' Compensation Board de la Nouvelle-Écosse: Le Workers' Compensation Board, Halifax.

Procureur de l'intervenant le Workers' Compensation Board de l'Alberta: Le Workers' Compensation Board, Legal Services Department, Edmonton.

Solicitor of the intervener the Workplace Health, Safety and Compensation Commission of New Brunswick: The Workplace Health, Safety and Compensation Commission, Saint John, New Brunswick.

Solicitor for the interveners the United Association of Injured and Disabled Workers et al.: The Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail du Nouveau-Brunswick: La Commission de la santé, de la sécurité et de l'indemnisation des accidents au travail, Saint-Jean, Nouveau-Brunswick.

Procureur des intervenants la United Association of Injured and Disabled Workers et autres: La Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Robert Lindsay *Appellant*

v.

Workers' Compensation Board, Dr. John Ofiesh, Dr. Prakash Patel and the Regina District Health Board *Respondents*

INDEXED AS: LINDSAY v. SASKATCHEWAN (WORKERS' COMPENSATION BOARD)

Neutral citation: 2000 SCC 4.

File No.: 26954.

2000: January 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Workers' compensation — Limitation of right of action — Employee's lungs injured in mining accident — Employee suffering second injury to his lungs three months later during biopsy surgery to assist in diagnosis and treatment of work injury — Employee's action in negligence against doctors and health board barred by workers' compensation legislation.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal issued October 29, 1998, affirming a judgment of the Court of Queen's Bench (1997), 161 Sask. R. 182, 33 C.C.E.L. (2d) 291, [1998] 4 W.W.R. 436, [1997] S.J. No. 718 (QL), dismissing an employee's motion for an order quashing a workers' compensation board's decision barring his action in negligence against two doctors and a health board. Appeal dismissed.

Kevin A. Clarke, for the appellant.

Brian A. Crane, Q.C., and *Brad D. Hunter*, for the respondents Dr. John Ofiesh and Dr. Prakash Patel.

Robert Lindsay *Appelant*

c.

Workers' Compensation Board, Dr. John Ofiesh, Dr. Prakash Patel et le District Health Board de Regina *Intimés*

RÉPERTORIÉ: LINDSAY c. SASKATCHEWAN (WORKERS' COMPENSATION BOARD)

Référence neutre: 2000 CSC 4.

N° du greffe: 26954.

2000: 20 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Accidents du travail — Restriction au droit d'action — Employé blessé aux poumons lors d'un accident dans une mine — Employé blessé une deuxième fois aux poumons trois mois plus tard pendant une biopsie effectuée en vue d'établir un diagnostic et de traiter la blessure survenue au travail — Loi sur les accidents du travail interdisant l'action pour négligence intentée par l'employé contre les médecins et le conseil de santé.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan rendu le 29 octobre 1998, qui a confirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine (1997), 161 Sask. R. 182, 33 C.C.E.L. (2d) 291, [1998] 4 W.W.R. 436, [1997] S.J. No. 718 (QL), qui avait rejeté la requête d'un employé visant à obtenir l'annulation de la décision d'une commission des accidents du travail d'interdire son action pour négligence contre deux médecins et un conseil de santé. Pourvoi rejeté.

Kevin A. Clarke, pour l'appelant.

Brian A. Crane, c.r., et *Brad D. Hunter*, pour les intimés les D^{rs} John Ofiesh et Prakash Patel.

Robert G. Richards, Q.C., and Wayne P. Dale, for the respondent the Workers' Compensation Board.

Reginald A. Watson, for the respondent the Regina District Health Board.

The judgment of the Court was delivered orally by

1 THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view, substantially for the reasons of MacPherson C.J. in the Saskatchewan Court of Queen's Bench, to dismiss the appeal, affirm the judgment of the Court of Appeal and the decision of the Court of Queen's Bench with costs to the respondents.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Richmond Nychuk, Regina.

Solicitors for the respondents Dr. John Ofiesh and Dr. Prakash Patel: McKercher McKercher & Whitmore, Regina.

Solicitors for the respondent the Workers' Compensation Board: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Solicitors for the respondent the Regina District Health Board: Balfour Moss, Regina.

Robert G. Richards, c.r., et Wayne P. Dale, pour l'intimé le Workers' Compensation Board.

Reginald A. Watson, pour l'intimé le District Health Board de Regina.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis, essentiellement pour les raisons exposées par le juge en chef MacPherson de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, qu'il y a lieu de rejeter le pourvoi et de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel et la décision de la Cour du Banc de la Reine, avec dépens en faveur des intimés.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Richmond Nychuk, Regina.

Procureurs des intimés les D^{rs} John Ofiesh et Prakash Patel: McKercher McKercher & Whitmore, Regina.

Procureurs de l'intimé le Workers' Compensation Board: MacPherson Leslie & Tyerman, Regina.

Procureurs de l'intimé le District Health Board de Regina: Balfour Moss, Regina.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jeromie Keith D. Proulx *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the
Attorney General for Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. PROULX

Neutral citation: 2000 SCC 5.

File No.: 26376.

1999: May 25, 26; 2000: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused pleading guilty to dangerous driving causing death and dangerous driving causing bodily harm and receiving sentence of 18 months of incarceration — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional custodial sentence for jail term — Proper interpretation and application of conditional sentencing regime — Distinction between conditional sentence of imprisonment and suspended sentence with probation — Meaning of “safety of the community” — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 742.1, 742.3.

After a night of partying involving consumption of some alcohol, the accused decided to drive his friends home even though he knew that his vehicle was not mechanically sound. For a period of 10 to 20 minutes, the accused, who had only seven weeks of experience as a licensed driver, drove erratically, weaving in and out of traffic, tailgating and trying to pass other vehicles without signalling, despite steady oncoming traffic and slippery roads. As the accused was trying to pass another vehicle, he drove his car into an oncoming lane of traffic, side-swiped a first car and crashed into a

*Cory J. took no part in the judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jeromie Keith D. Proulx *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada et le
procureur général de l'Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. PROULX

Référence neutre: 2000 CSC 5.

N° du greffe: 26376.

1999: 25 et 26 mai; 2000: 31 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — L'accusé a plaidé coupable à une accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort et à une accusation de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles et a été condamné à 18 mois d'incarcération — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en substituant l'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée initialement — Façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement — Distinction entre l'emprisonnement avec sursis et le sursis au prononcé de la peine avec probation — Sens de l'expression «sécurité de la collectivité» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1, 742.3.

Après une nuit de fête au cours de laquelle il avait consommé une certaine quantité d'alcool, l'accusé a décidé d'aller reconduire ses amis chez eux en automobile, même s'il savait que le véhicule n'était pas en bon état mécanique. Pendant une période de 10 à 20 minutes, l'accusé, qui ne comptait que sept semaines d'expérience au volant depuis l'obtention de son permis de conduire, a conduit de manière erratique, zigzaguant, talonnant les véhicules qui le précédaient et tentant de dépasser sans actionner son clignotant, et ce malgré la chaussée glissante et le flot constant de véhicules venant

*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

second one. The driver of that second vehicle was seriously injured. The accident also claimed the life of a passenger in the accused's car. The accused was in a near-death coma for some time, but ultimately recovered from his injuries. The accused entered guilty pleas to one count of dangerous driving causing death and one count of dangerous driving causing bodily harm. He was sentenced to 18 months of incarceration, to be served concurrently on both charges. The sentencing judge concluded that a conditional sentence pursuant to s. 742.1 of the *Criminal Code*, which would allow the accused to serve his sentence in the community, would not be appropriate because it would be inconsistent with the objectives of denunciation and general deterrence. The Court of Appeal allowed the appeal and substituted a conditional custodial sentence for the jail term.

Held: The appeal should be allowed.

The 1996 sentencing reforms ("Bill C-41") substantially reformed Part XXIII of the *Code*, and introduced, *inter alia*, an express statement of the purposes and principles of sentencing, provisions for alternative measures for adult offenders and a new type of sanction, the conditional sentence of imprisonment. Bill C-41 in general and the conditional sentence in particular were enacted both to reduce reliance on incarceration as a sanction and to increase the use of principles of restorative justice in sentencing.

A conditional sentence should be distinguished from probationary measures. Probation is primarily a rehabilitative sentencing tool. By contrast, Parliament intended conditional sentences to include both punitive and rehabilitative aspects. Therefore, conditional sentences should generally include punitive conditions that are restrictive of the offender's liberty. Conditions such as house arrest should be the norm, not the exception.

No offences are excluded from the conditional sentencing regime except those with a minimum term of

en sens inverse. Finalement, pendant que l'accusé tentait de doubler un autre véhicule, son automobile s'est retrouvée dans une voie réservée à la circulation en sens inverse, elle a frappé latéralement une première voiture, puis elle est entrée en collision avec une deuxième. Le conducteur de ce second véhicule a été grièvement blessé, et l'une des personnes à bord de la voiture de l'accusé a perdu la vie. Quant à l'accusé, il est demeuré pendant un certain temps dans le coma, entre la vie et la mort, puis il s'est finalement rétabli. Il a plaidé coupable à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort ainsi qu'à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles. Il a été condamné à une peine d'incarcération de 18 mois devant être purgée concurremment pour les deux chefs d'accusation. Le juge qui a déterminé la peine a estimé que la peine d'emprisonnement avec sursis prévue à l'art. 742.1 du *Code criminel*, qui peut être purgée au sein de la collectivité, n'était pas une sanction appropriée puisqu'une telle mesure serait incompatible avec les objectifs de dénonciation et de dissuasion générale. La Cour d'appel a accueilli l'appel et substitué l'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée initialement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les réformes apportées en 1996 au régime de détermination de la peine («projet de loi C-41») ont réformé en profondeur la partie XXIII du *Code*, notamment en énonçant expressément les objectifs et les principes de la détermination de la peine, en établissant des mesures de rechange pour les délinquants adultes ainsi qu'un nouveau type de sanction, la condamnation à l'emprisonnement avec sursis. Le projet de loi C-41 en général et les dispositions créant la peine d'emprisonnement avec sursis en particulier ont été adoptés à la fois pour réduire le recours à l'incarcération comme sanction et pour élargir l'application des principes de la justice corrective au moment de la détermination de la peine.

L'emprisonnement avec sursis doit être distingué des mesures probatoires. La probation est principalement une mesure de réinsertion sociale. Par comparaison, le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale. Par conséquent, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement devrait généralement être assortie de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant. Des conditions comme la détention à domicile devraient être la règle plutôt que l'exception.

Aucune infraction n'est exclue du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement à

imprisonment, nor should there be presumptions in favour of or against a conditional sentence for specific offences.

Section 742.1 of the *Code* lists four criteria that a court must consider before deciding to impose a conditional sentence: (1) the offender must be convicted of an offence that is not punishable by a minimum term of imprisonment; (2) the court must impose a term of imprisonment of less than two years; (3) the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community; and (4) a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2.

The requirement in s. 742.1(a) that the judge impose a sentence of imprisonment of less than two years does not require the judge to first impose a sentence of imprisonment of a fixed duration before considering whether that sentence can be served in the community. Although this approach is suggested by the text of s. 742.1(a), it is unrealistic and could lead to unfit sentences in some cases. Instead, a purposive interpretation of s. 742.1(a) should be adopted. In a preliminary determination, the sentencing judge should reject a penitentiary term and probationary measures as inappropriate. Having determined that the appropriate range of sentence is a term of imprisonment of less than two years, the judge should then consider whether it is appropriate for the offender to serve his or her sentence in the community. As a corollary of the purposive interpretation of s. 742.1(a), a conditional sentence need not be of equivalent duration to the sentence of incarceration that would otherwise have been imposed. The sole requirement is that the duration and conditions of a conditional sentence make for a just and appropriate sentence.

The requirement in s. 742.1(b) that the judge be satisfied that the safety of the community would not be endangered by the offender serving his or her sentence in the community is a condition precedent to the imposition of a conditional sentence, and not the primary consideration in determining whether a conditional sentence is appropriate. In making this determination, the judge should consider the risk posed by the specific offender, not the broader risk of whether the imposition of a conditional sentence would endanger the safety of the community by providing insufficient general deter-

l'exception de celles pour lesquelles une peine minimale d'emprisonnement est prévue. De plus, il n'existe pas de présomption d'applicabilité ou d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions données.

L'article 742.1 du *Code* énumère quatre critères que le tribunal doit prendre en compte avant d'infliger une condamnation à l'emprisonnement avec sursis: (1) le délinquant doit être déclaré coupable d'une infraction autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue; (2) le tribunal doit infliger au délinquant une peine d'emprisonnement de moins de deux ans; (3) le fait que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci; (4) le prononcé d'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2.

L'exigence, à l'art. 742.1, que le juge inflige une peine d'emprisonnement de moins de deux ans ne signifie pas que celui-ci doit d'abord infliger un emprisonnement d'une durée déterminée avant d'envisager la possibilité que cette même peine soit purgée au sein de la collectivité. Bien que le texte de l'art. 742.1 suggère cette démarche, elle n'est pas réaliste et pourrait entraîner des peines inappropriées dans certains cas. Il faut plutôt donner une interprétation téléologique à l'art. 742.1. Dans un premier temps, le juge appelé à déterminer la peine doit avoir conclu que ni l'emprisonnement dans un pénitencier ni des mesures probatoires ne sont des sanctions appropriées. Après avoir déterminé que la peine appropriée est un emprisonnement de moins de deux ans, le juge se demande s'il convient que le délinquant purge sa peine dans la collectivité. Comme corollaire de l'interprétation téléologique de l'art. 742.1, il n'est pas nécessaire qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la durée de la peine d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée. La seule exigence est que, par sa durée et les modalités dont elle est assortie, l'ordonnance de sursis soit une peine juste et appropriée.

L'exigence, à l'art. 742.1, que le juge soit convaincu que la sécurité de la collectivité ne serait pas mise en danger si le délinquant y purgeait sa peine est un préalable à l'octroi du sursis à l'emprisonnement, et non le principal élément à prendre en considération pour décider si cette sanction est appropriée. Pour évaluer le danger pour la collectivité, le juge prend en compte le risque que fait peser le délinquant en cause, et non le risque plus général évoqué par la question de savoir si l'octroi du sursis à l'emprisonnement mettrait en danger la sécurité de la collectivité en ne produisant pas un effet

rence or undermining general respect for the law. Two factors should be taken into account: (1) the risk of the offender re-offending; and (2) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. A consideration of the risk posed by the offender should include the risk of any criminal activity, and not be limited solely to the risk of physical or psychological harm to individuals.

Once the prerequisites of s. 742.1 are satisfied, the judge should give serious consideration to the possibility of a conditional sentence in all cases by examining whether a conditional sentence is consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. This follows from Parliament's clear message to the judiciary to reduce the use of incarceration as a sanction.

A conditional sentence can provide significant denunciation and deterrence. As a general matter, the more serious the offence, the longer and more onerous the conditional sentence should be. There may be some circumstances, however, where the need for denunciation or deterrence is so pressing that incarceration will be the only suitable way in which to express society's condemnation of the offender's conduct or to deter similar conduct in the future.

Generally, a conditional sentence will be better than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and the community, and promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgment of the harm done to the victim and the community.

Where a combination of both punitive and restorative objectives may be achieved, a conditional sentence will likely be more appropriate than incarceration. Where objectives such as denunciation and deterrence are particularly pressing, incarceration will generally be the preferable sanction. This may be so notwithstanding the fact that restorative goals might be achieved. However, a conditional sentence may provide sufficient denunciation and deterrence, even in cases in which restorative objectives are of lesser importance, depending on the nature of the conditions imposed, the duration of the sentence, and the circumstances of both the offender and the community in which the conditional sentence is to be served. A conditional sentence may be imposed even

dissuasif général ou en compromettant le respect de la loi en général. Deux facteurs doivent être pris en compte: (1) le risque que le délinquant récidive; (2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. L'examen du risque que fait peser le délinquant doit inclure les risques créés par toute activité criminelle, et ne doit pas se limiter exclusivement aux risques d'atteinte à l'intégrité physique ou psychologique de la personne.

Dans tous les cas où les préalables prévus par l'art. 742.1 sont réunis, le tribunal doit envisager sérieusement la possibilité de prononcer l'emprisonnement avec sursis en se demandant si pareille sanction est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2. Cette conclusion découle du message clair que le législateur a lancé au tribunaux, savoir qu'il faut réduire le recours à l'incarcération comme sanction.

L'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dénonciateur et dissuasif appréciable. En règle générale, plus l'infraction est grave, plus la durée de l'ordonnance de sursis devrait être longue et les conditions de celle-ci rigoureuses. Toutefois, il peut survenir des cas où le besoin de dénonciation ou de dissuasion est si pressant que l'incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l'égard du comportement du délinquant ou pour décourager des comportements analogues dans le futur.

L'emprisonnement avec sursis est généralement plus propice que l'incarcération à la réalisation des objectifs correctifs de réinsertion sociale des délinquants, de réparation par ceux-ci des torts causés aux victimes et à la collectivité et de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

Lorsqu'il est possible de combiner des objectifs punitifs et des objectifs correctifs, l'emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement une sanction plus appropriée que l'incarcération. Lorsque des objectifs tels que la dénonciation et la dissuasion sont particulièrement pressants, l'incarcération sera généralement la sanction préférable, et ce en dépit du fait que l'emprisonnement avec sursis pourrait permettre la réalisation d'objectifs correctifs. Cependant, selon la nature des conditions imposées dans l'ordonnance de sursis, la durée de celle-ci et la situation du délinquant et de la collectivité au sein de laquelle il purgera sa peine, il est possible que l'emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs

where there are aggravating circumstances, although the need for denunciation and deterrence will increase in these circumstances.

No party is under a burden of proof to establish that a conditional sentence is either appropriate or inappropriate in the circumstances. The judge should consider all relevant evidence, no matter by whom it is adduced. However, it would be in the offender's best interests to establish elements militating in favour of a conditional sentence.

Sentencing judges have a wide discretion in the choice of the appropriate sentence. They are entitled to considerable deference from appellate courts. Absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

In this case the sentencing judge considered that a term of imprisonment of 18 months was appropriate and declined to permit the accused to serve his term in the community. She found that, while the accused would not endanger the safety of the community by serving a conditional sentence, such a sentence would not be in conformity with the objectives of s. 718. In her view, even if incarceration was not necessary to deter the accused from similar future conduct or necessary for his rehabilitation, incarceration was necessary to send a strong message to denounce the accused's conduct and to deter others from engaging in similar conduct. While the sentencing judge seems to have proceeded according to a rigid two-step process, in deviation from the approach set out in these reasons, an 18-month sentence of incarceration was not demonstrably unfit for these offences and this offender. The offences here were very serious, and had resulted in a death and in severe bodily harm. Moreover, dangerous driving and impaired driving may be offences for which harsh sentences plausibly provide general deterrence. The Court of Appeal erred in holding that the sentencing judge had given undue weight to the objective of denunciation. Absent evidence that the sentence was demonstrably unfit, the Court of Appeal should not have interfered to substitute its own opinion for that of the sentencing judge. The sentencing judge did not commit a reversible error in principle and she appropriately considered all the relevant factors. Accordingly, the 18-month sentence of incarceration imposed by her should be restored. Since the accused has already served the conditional sentence

correctifs présentent moins d'importance. Le sursis à l'emprisonnement peut être octroyé même dans les cas où il y a des circonstances aggravantes, quoique la présence de telles circonstances augmente le besoin de dénonciation et de dissuasion.

Aucune partie n'a la charge d'établir si l'emprisonnement avec sursis est une sanction appropriée ou non dans les circonstances. Le juge doit prendre en considération tous les éléments de preuve pertinents, peu importe qui les a produits. Toutefois, il est dans l'intérêt du délinquant de faire la preuve des éléments militant en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement.

Les juges disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir la peine appropriée. Les cours d'appel doivent faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard de ce choix. Sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle est manifestement inappropriée.

En l'espèce, le juge qui a infligé la peine a estimé qu'un emprisonnement de 18 mois était une peine appropriée et a refusé de permettre à l'accusé de purger sa peine au sein de la collectivité. Le juge a conclu que le fait que l'accusé purge sa peine d'emprisonnement avec sursis au sein de la collectivité ne mettrait pas en danger la sécurité de celle-ci, mais qu'une telle sanction ne serait pas conforme aux objectifs visés à l'art. 718. À son avis, même si l'incarcération n'était pas indispensable pour dissuader l'accusé de récidiver ou pour favoriser sa réinsertion sociale, elle était toutefois nécessaire pour dénoncer le comportement de l'accusé et pour dissuader d'autres personnes de se comporter pareillement. Quoique le juge qui a imposé la peine semble avoir suivi une démarche rigide en deux étapes distinctes, contrairement à l'approche exposée dans les présents motifs, une peine de 18 mois d'emprisonnement n'était pas manifestement inappropriée pour les infractions et le délinquant en cause. Les infractions en cause étaient très graves et elles ont causé un décès et des lésions corporelles graves. De plus, il est possible que la conduite dangereuse et la conduite avec les facultés affaiblies soient des infractions à l'égard desquelles il est plus plausible que l'infliction de peines sévères ait un effet dissuasif général. La Cour d'appel a commis une erreur en statuant que le juge qui a infligé la peine avait accordé trop de poids à l'objectif de dénonciation. En l'absence de preuve que la peine infligée était manifestement inappropriée, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir et substituer sa propre opinion à celle du juge qui a infligé cette peine. Le juge qui a infligé la peine

imposed by the Court of Appeal in its entirety, and the Crown stated in oral argument that it was not seeking any further punishment, the service of the sentence of incarceration should be stayed.

Cases Cited

Considered: *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; **referred to:** *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Taylor* (1997), 122 C.C.C. (3d) 376; *R. v. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287; *R. v. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401; *R. v. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551; *R. v. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398; *R. v. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418; *R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18; *Gagnon v. La Reine*, [1998] R.J.Q. 2636; *R. v. Pierce* (1997), 114 C.C.C. 23; *R. v. Ursel* (1997), 96 B.C.A.C. 241; *R. v. O'Keefe* (1968), 53 Cr. App. R. 91; *R. v. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410, 116 C.C.C. (3d) 361; *R. v. Parker* (1997), 116 C.C.C. (3d) 236; *R. v. Horvath*, [1997] 8 W.W.R. 357; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456; *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597; *R. v. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145; *R. v. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344; *R. v. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541; *R. v. Hollinsky* (1995), 103 C.C.C. (3d) 472; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 112(1), 133.
Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 161.

n'a pas commis d'erreur de principe justifiant l'infirmité de sa décision et a tenu compte de tous les facteurs pertinents. En conséquence, la peine de 18 mois d'incarcération infligée par le juge du procès devrait être rétablie. Étant donné que l'accusé a déjà purgé entièrement la peine d'emprisonnement avec sursis infligée par la Cour d'appel et que, au cours des plaidoiries, le ministère public a concédé qu'il ne sollicitait pas de sanction additionnelle, il y a lieu de surseoir à l'exécution de la peine d'incarcération.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; **arrêts mentionnés:** *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Taylor* (1997), 122 C.C.C. (3d) 376; *R. c. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287; *R. c. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401; *R. c. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551; *R. c. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398; *R. c. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418; *R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18; *Gagnon c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 2636; *R. c. Pierce* (1997), 114 C.C.C. 23; *R. c. Ursel* (1997), 96 B.C.A.C. 241; *R. c. O'Keefe* (1968), 53 Cr. App. R. 91; *R. c. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410; *R. c. Parker* (1997), 116 C.C.C. (3d) 236; *R. c. Horvath*, [1997] 8 W.W.R. 357; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1977] 1 R.C.S. 456; *Tupper c. The Queen*, [1967] R.C.S. 589; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457; *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597; *R. c. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145; *R. c. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344; *R. c. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541; *R. c. Hollinsky* (1995), 103 C.C.C. (3d) 472; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 259(2), partie XXIII [repl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 718.3, 722, 723, 732.1(2), (3)g.1 [aj. 1999, ch. 32, art. 6], g.2 [idem], h), 732.2(5), 733.1(1), 734(2), 742.1 [repl. 1997, ch. 18, art. 107.1], 742.3(1), (2)f), 742.6(9).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 259(2), Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 718.3, 722, 723, 732.1(2), (3)(g.1) [ad. 1999, c. 32, s. 6], (g.2) [idem], (h), 732.2(5), 733.1(1), 734(2), 742.1(a), (b) [repl. 1997, c. 18, s. 107.1], 742.3(1), (2)(f), 742.6(9).

Authors Cited

- Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach: Report of the Canadian Sentencing Commission*. Ottawa: The Commission, 1987.
- Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Final Report*. Ottawa: Information Canada, 1973.
- Canada. Committee on Corrections. Report. *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.
- Canada. Correctional Service Canada. *A Summary of Analysis of Some Major Inquiries on Corrections — 1938 to 1977*. Ottawa: Correctional Service Canada, May 1977 (reprinted August 1982).
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General. Report of the Standing Committee on Justice and Solicitor General on its Review of Sentencing, Conditional Release and Related Aspects of Corrections. *Taking Responsibility*, August 1988.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5873.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Gemmell, Jack. "The New Conditional Sentencing Regime" (1997), 39 *Crim. L.Q.* 334.
- Roberts, Julian V. "Conditional Sentencing: Sword of Damocles or Pandora's Box?" (1997), 2 *Can. Crim. L. Rev.* 183.
- Roberts, Julian V. "The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 38.
- Rosenberg, Marc. "Recent Developments in Sentencing", a paper prepared for the National Judicial Institute's Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar in Halifax, February 25-26, 1999.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1997), 123 Man. R. (2d) 107, 159 W.A.C. 107, 121 C.C.C. (3d) 68, [1998] 5 W.W.R. 1, [1997] M.J. No. 563 (QL), allowing the

Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22.

Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 112(1), 133.

Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 161.

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. Rapport du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur la détermination de la peine, la mise en liberté sous condition et d'autres aspects du système correctionnel. *Des responsabilités à assumer*, août 1988.
- Canada. Comité de la réforme pénale et correctionnelle. Rapport. *Justice pénale et correction: un lien à forger*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.
- Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine*. Ottawa: La Commission, 1987.
- Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales. *Rapport final*. Ottawa: Information Canada, 1973.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1^{re} sess., 35^e lég., 20 septembre 1994, p. 5873.
- Canada. Service correctionnel Canada. *Résumé et analyse de quelques grandes enquêtes sur le processus correctionnel — de 1938 à 1977*. Ottawa: Service correctionnel Canada, mai 1977 (réimprimé août 1982).
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Gemmell, Jack. «The New Conditional Sentencing Regime» (1997), 39 *Crim. L.Q.* 334.
- Roberts, Julian V. «Conditional Sentencing: Sword of Damocles or Pandora's Box?» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 183.
- Roberts, Julian V. «The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady» (1999), 42 *Crim. L.Q.* 38.
- Rosenberg, Marc. «Recent Developments in Sentencing», a paper prepared for the National Judicial Institute's Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar in Halifax, February 25-26, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1997), 123 Man. R. (2d) 107, 159 W.A.C. 107, 121 C.C.C. (3d) 68, [1998] 5 W.W.R. 1, [1997] M.J. No. 563 (QL), qui a accueilli l'appel

accused's appeal from a sentence of 18 months of incarceration imposed by Keyser J. Appeal allowed.

Matthew Britton, for the appellant.

Sandra L. Chapman and *Wanda Garreck*, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Kenneth L. Campbell and *Gregory J. Tweney*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

1

THE CHIEF JUSTICE – By passing the *Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 (“Bill C-41”), Parliament has sent a clear message to all Canadian judges that too many people are being sent to prison. In an attempt to remedy the problem of overincarceration, Parliament has introduced a new form of sentence, the conditional sentence of imprisonment.

2

As a matter of established practice and sound policy, this Court rarely hears appeals relating to sentences: see *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 404, *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118, at para. 7, and *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 33. However, we have decided to hear this case and four related cases because they afford the Court the opportunity to set out for the first time the principles that govern the new and innovative conditional sentencing regime. Given the inevitable length of these reasons, I have summarized the essentials at para. 127.

I. Factual Background

3

On the morning of November 1, 1995, after a night of partying involving consumption of some

interjeté par l'accusé contre la peine de 18 mois d'incarcération infligée par le juge Keyser. Pourvoi accueilli.

Matthew Britton, pour l'appelante.

Sandra L. Chapman et *Wanda Garreck*, pour l'intimé.

S. Ronald Fainstein, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Kenneth L. Campbell et *Gregory J. Tweney*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF — En adoptant la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 (le «projet de loi C-41»), le Parlement a lancé un message clair à tous les juges du Canada: beaucoup trop de gens sont envoyés en prison. En vue de remédier au problème du recours excessif à l'incarcération, le Parlement a créé un nouveau type de peine, la condamnation à l'emprisonnement avec sursis.

Conformément à une pratique établie et à une politique judiciaire, notre Cour entend rarement des pourvois visant la peine infligée par un tribunal: voir *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 404; *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118, au par. 1123; et *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 33. Toutefois, nous avons décidé de le faire dans le présent cas et dans quatre dossiers connexes parce que ces affaires donnent à la Cour l'occasion d'exposer les principes qui régissent le nouveau régime de condamnation à l'emprisonnement avec sursis. Étant donné l'inévitable longueur des présents motifs, j'ai résumé les éléments essentiels au par. 127.

I. Les faits

Le matin du 1^{er} novembre 1995, après une nuit de fête au cours de laquelle il avait consommé une

alcohol, the respondent decided to drive his friends home even though he knew that his vehicle was not mechanically sound. For a period of 10 to 20 minutes, the respondent, who had only seven weeks of experience as a licensed driver, drove erratically, weaving in and out of traffic, tailgating and trying to pass other vehicles without signaling, despite steady oncoming traffic and slippery roads. As the respondent was trying to pass another vehicle, he drove his car into an oncoming lane of traffic, side-swiped a first car and crashed into a second one. The driver of the second vehicle was seriously injured. The accident also claimed the life of a passenger in the respondent's car. The respondent was in a near-death coma for some time, but ultimately recovered from his injuries. The respondent entered guilty pleas to one count of dangerous driving causing death and one count of dangerous driving causing bodily harm.

II. Judgments Below

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*

On June 5, 1997, Keyser J. sentenced the respondent to 18 months of incarceration, to be served concurrently on both charges. In her reasons for sentence, the judge explained that she was not prepared to order a penitentiary term because the respondent was only 18 years old at the time of the accident, he had no prior record and he himself was seriously injured in the accident. She also noted that the respondent was now employed and expecting a first child with his girlfriend. She conceded that the amount of alcohol involved — one and a half to two beers — was probably not a major factor in the accident. However, she found that the respondent's knowledge that he was operating an unsafe vehicle, the fact that, prior to the accident, he had just barely avoided rear-ending

certain quantité d'alcool, l'intimé a décidé d'aller reconduire ses amis chez eux en automobile, même s'il savait que le véhicule n'était pas en bon état mécanique. Pendant une période de 10 à 20 minutes, l'intimé, qui ne comptait que sept semaines d'expérience au volant depuis l'obtention de son permis de conduire, a conduit de manière erratique, zigzaguant, talonnant les véhicules qui le précédaient et tentant de dépasser sans actionner son clignotant, et ce malgré la chaussée glissante et le flot constant de véhicules venant en sens inverse. Finalement, pendant que l'intimé tentait de doubler un autre véhicule, son automobile s'est retrouvée dans une voie réservée à la circulation en sens inverse, elle a frappé latéralement une première voiture, puis elle est entrée en collision avec une deuxième. Le conducteur de ce second véhicule a été grièvement blessé, et l'une des personnes à bord de la voiture de l'intimé a perdu la vie. Quant à l'intimé, il est demeuré pendant un certain temps dans le coma, entre la vie et la mort, puis il s'est finalement rétabli. Il a plaidé coupable à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort ainsi qu'à un chef d'accusation de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles.

II. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

Le 5 juin 1997, Madame le juge Keyser a condamné l'intimé à une peine d'emprisonnement de 18 mois devant être purgée concurremment pour les deux chefs d'accusation. Dans ses motifs, elle a expliqué qu'il n'y avait pas lieu d'infliger une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus (qui aurait été purgée dans un pénitencier) étant donné que l'intimé n'avait que 18 ans au moment de l'accident, qu'il n'avait pas d'antécédents judiciaires et qu'il avait lui-même été grièvement blessé dans l'accident. Elle a en outre souligné que l'intimé avait un emploi et que sa petite amie et lui attendaient le venue d'un premier enfant. Elle a concédé que la quantité d'alcool consommée — une bière et demie à deux bières — n'avait probablement pas été un facteur important dans l'accident. Elle a toutefois estimé que le fait que l'intimé savait qu'il conduisait un véhicule en mauvais état

another vehicle and his egregious driving in general that morning warranted such a sentence.

de marche ainsi que le fait que, peu avant l'accident, il avait évité de justesse de heurter l'arrière d'un autre véhicule, et, de manière générale, son comportement inqualifiable au volant le matin en question justifiaient la peine qu'elle lui infligeait.

5 Keyser J. then turned her attention to the question of whether it was appropriate to allow the respondent to serve his sentence in the community, pursuant to s. 742.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. She took notice of the May 2, 1997 amendment to s. 742.1, which added to that section an express reference to the fundamental purpose and principles of sentencing listed in ss. 718 to 718.2 of the *Code*. She concluded that this amendment meant that she had to refer to the fundamental purpose and principles of sentencing in deciding whether to impose a conditional sentence. In the case at hand, she found that even though the respondent would not endanger the community and a jail sentence would not be necessary to deter him from similar conduct in the future or to rehabilitate him, a conditional sentence would not be appropriate because it would be inconsistent with the objectives of denunciation and general deterrence.

Madame le juge Keyser s'est ensuite demandée s'il convenait de permettre à l'intimé de purger sa peine au sein de la collectivité, conformément à l'art. 742.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Elle a pris acte de la modification apportée à cette disposition le 2 mai 1997 et qui y ajoutait un renvoi exprès à l'objectif essentiel et aux principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 du *Code*. Elle a jugé que, compte tenu de cette modification, elle devait tenir compte de cet objectif et de ces principes en décidant s'il y avait lieu de prononcer une condamnation à l'emprisonnement avec sursis. En l'espèce, elle a statué que, même si l'intimé ne mettait pas en danger la sécurité de la collectivité et qu'une peine d'emprisonnement n'était pas nécessaire pour le dissuader de récidiver ou pour favoriser sa réinsertion sociale, l'emprisonnement avec sursis n'était pas la sanction appropriée puisqu'une telle mesure serait incompatible avec les objectifs de dénonciation et de dissuasion générale.

6 Keyser J. sentenced the respondent to 18 months of incarceration and, pursuant to s. 259(2) of the *Code*, she made an order prohibiting the respondent from driving for a period of five years.

Madame le juge Keyser a condamné l'intimé à 18 mois d'incarcération et, en vertu du par. 259(2) du *Code*, elle a rendu une ordonnance lui interdisant de conduire un véhicule à moteur pendant une période de cinq ans.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1997), 123 Man. R. (2d) 107

B. *Cour d'appel du Manitoba* (1997), 123 Man. R. (2d) 107

7 The Court of Appeal allowed the appeal and substituted a conditional custodial sentence for the jail term. Helper J.A., writing for the court, contended that the sentencing judge had erred in her application of s. 742.1 by giving undue weight to the objective of denunciation. She explained that the recent amendment to s. 742.1 had not changed the fact that Parliament had identified the safety of the community as the primary consideration when deciding whether to impose a conditional sentence. Helper J.A. added that the principles of sentencing played a different role in the determination of

La Cour d'appel a accueilli l'appel et substitué une peine d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée initialement. S'exprimant au nom de la Cour d'appel, Madame le juge Helper a fait valoir que le juge qui avait déterminé la peine avait commis une erreur dans l'application de l'art. 742.1 en accordant une importance excessive à l'objectif de dénonciation. Le juge Helper a expliqué que la modification qui venait d'être apportée à l'art. 742.1 ne changeait rien au fait que le Parlement avait indiqué que la sécurité de la collectivité était la considération principale pour

whether to impose a conditional sentence than they did in determining the length of the sentence. At pp. 111-12, she stated:

However, in s. 742.1(b), Parliament has directed the sentencing judge to look to the principles of sentencing only for the purpose of satisfying herself that there is consistency between those principles and a conditional sentence for a particular offender. The amendment does not direct the sentencing judge to consider individually each of the principles of sentencing and determine that each is consistent with the offender's serving his sentence in the community. The sentencing judge must consider the principles of sentencing globally. It would be contrary to Parliament's intent for the sentencing judge to single out any one factor and to give it substantial weight to the exclusion of the other listed factors when she is making a decision under s. 742.1(b).

According to Helper J.A., the sentencing judge's comments implied that a conditional sentence would never be appropriate for the offence of dangerous driving, even when the offender did not potentially endanger the community, because that offence required a large component of general deterrence. Helper J.A. found this to be an error, as it would have rendered s. 742.1 inoperable in the case of particular offences, contrary to Parliament's intention. She found that, in the instant appeal, the sentencing judge had failed to recognize that a conditional sentence had some denunciatory effect.

Helper J.A. concluded that generally, after the judge has attributed the appropriate weight to each relevant principle of sentencing, determined that a fit sentence would be less than two years and found that the offender would not be a danger to

statuer sur l'opportunité de prononcer l'emprisonnement avec sursis. Madame le juge Helper a ajouté que les principes de détermination de la peine jouent un rôle différent selon que le tribunal décide s'il y a lieu d'ordonner l'emprisonnement avec sursis ou qu'il détermine la durée d'une peine d'emprisonnement. Voici ce qu'elle a dit, aux pp. 111 et 112:

[TRADUCTION] Toutefois, à l'art. 742.1, le Parlement dit au juge qui détermine la peine de tenir compte des principes applicables en la matière à seule fin de s'assurer de la compatibilité entre ces principes et l'octroi du sursis à l'emprisonnement au délinquant visé. La modification n'oblige pas le juge à prendre chaque principe en considération et à déterminer s'il est compatible avec le fait que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité. Pour rendre une décision en application de l'art. 742.1, le juge doit examiner les principes de détermination de la peine globalement. Il serait contraire à l'intention du législateur d'isoler un facteur en particulier et de lui accorder un poids considérable sans tenir compte des autres facteurs énumérés.

Selon le juge Helper, les remarques du juge qui a déterminé la peine laissaient supposer que l'emprisonnement avec sursis ne serait jamais une sanction appropriée pour l'infraction de conduite dangereuse — même lorsque le délinquant ne constitue pas un danger potentiel pour la collectivité — étant donné que cette infraction commande que l'on accorde une grande importance à l'objectif de dissuasion générale. Madame le juge Helper a estimé qu'il s'agissait là d'une erreur puisqu'une telle interprétation rendrait l'art. 742.1 inopérant à l'égard de certaines infractions, ce qui irait à l'encontre de l'intention du législateur. Elle a estimé que, dans la présente affaire, le juge du procès avait omis de reconnaître que l'octroi du sursis à l'emprisonnement avait un certain effet dénonciateur.

Madame le juge Helper est venue à la conclusion que, de façon générale, lorsque le juge accorde le poids qui convient à chacun des principes de détermination de la peine applicables, qu'il détermine que la peine appropriée est un emprisonnement de moins de deux ans et qu'il estime que le délinquant ne met pas en danger la sécurité de la collectivité, l'infliction d'une peine

the community, a conditional sentence would be consistent with ss. 718 to 718.2.

III. Relevant Statutory Provisions

¹⁰ *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,
 - (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,
 - (ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,
 - (iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or

d'emprisonnement avec sursis est conforme aux art. 718 à 718.2.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:
 - (i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,
 - (ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;
 - (iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard;

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

732.1 . . .

(2) The court shall prescribe, as conditions of a probation order, that the offender do all of the following:

(a) keep the peace and be of good behaviour;

(b) appear before the court when required to do so by the court; and

(c) notify the court or the probation officer in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the probation officer of any change of employment or occupation.

(3) The court may prescribe, as additional conditions of a probation order, that the offender do one or more of the following:

(a) report to a probation officer

(i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the probation order, and

(ii) thereafter, when required by the probation officer and in the manner directed by the probation officer;

(b) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the probation officer;

(c) abstain from

(i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

732.1 . . .

(2) Le tribunal assortit l'ordonnance de probation des conditions suivantes, intimant au délinquant:

a) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;

b) de répondre aux convocations du tribunal;

c) de prévenir le tribunal ou l'agent de probation de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

(3) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de probation de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant:

a) de se présenter à l'agent de probation:

(i) dans les deux jours ouvrables suivant l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,

(ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de probation;

b) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de probation;

c) de s'abstenir de consommer:

(i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,

- (ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;
- (d) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;
- (e) provide for the support or care of dependants;
- (f) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;
- (g) if the offender agrees, and subject to the program director's acceptance of the offender, participate actively in a treatment program approved by the province;
- (g.1) where the lieutenant governor in council of the province in which the probation order is made has established a program for curative treatment in relation to the consumption of alcohol or drugs, attend at a treatment facility, designated by the lieutenant governor in council of the province, for assessment and curative treatment in relation to the consumption by the offender of alcohol or drugs that is recommended pursuant to the program;
- (g.2) where the lieutenant governor in council of the province in which the probation order is made has established a program governing the use of an alcohol ignition interlock device by an offender and if the offender agrees to participate in the program, comply with the program; and
- (h) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2), for protecting society and for facilitating the offender's successful reintegration into the community.

732.2 . . .

(5) Where an offender who is bound by a probation order is convicted of an offence, including an offence under section 733.1, and

- (a) the time within which an appeal may be taken against that conviction has expired and the offender has not taken an appeal,
- (b) the offender has taken an appeal against that conviction and the appeal has been dismissed, or
- (c) the offender has given written notice to the court that convicted the offender that the offender elects not to appeal the conviction or has abandoned the appeal, as the case may be,

- (ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;
- d) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;
- e) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;
- f) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;
- g) si le délinquant y consent et le directeur du programme l'accepte, de participer activement à un programme de traitement approuvé par la province;
- g.1) si le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où doit être rendue l'ordonnance de probation a institué un programme de traitement curatif pour abus d'alcool ou de drogue, de subir, à l'établissement de traitement désigné par celui-ci, l'évaluation et la cure de désintoxication pour abus d'alcool ou de drogue qui sont recommandées dans le cadre de ce programme;
- g.2) si le lieutenant-gouverneur en conseil de la province où est rendue l'ordonnance de probation a institué un programme visant l'utilisation par le délinquant d'un antidémarrreur avec éthylomètre et s'il accepte de participer au programme, de se conformer aux modalités de ce programme;
- h) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738 (2), pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant.

732.2 . . .

(5) Lorsque le délinquant soumis à une ordonnance de probation est déclaré coupable d'une infraction, y compris une infraction visée à l'article 733.1, et que, selon le cas:

- a) le délai durant lequel un appel de cette déclaration de culpabilité peut être interjeté est expiré ou le délinquant n'a pas interjeté appel,
- b) il a interjeté appel de cette déclaration de culpabilité et l'appel a été rejeté,
- c) il a donné avis écrit au tribunal qui l'a déclaré coupable qu'il a choisi de ne pas interjeter appel de cette déclaration de culpabilité ou d'abandonner son appel, selon le cas,

in addition to any punishment that may be imposed for that offence, the court that made the probation order may, on application by the prosecutor, require the offender to appear before it and, after hearing the prosecutor and the offender,

(d) where the probation order was made under paragraph 731(1)(a), revoke the order and impose any sentence that could have been imposed if the passing of sentence had not been suspended, or

(e) make such changes to the optional conditions as the court deems desirable, or extend the period for which the order is to remain in force for such period, not exceeding one year, as the court deems desirable,

and the court shall thereupon endorse the probation order accordingly and, if it changes the optional conditions or extends the period for which the order is to remain in force, inform the offender of its action and give the offender a copy of the order so endorsed.

733.1 (1) An offender who is bound by a probation order and who, without reasonable excuse, fails or refuses to comply with that order is guilty of

(a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(b) an offence punishable on summary conviction and is liable to imprisonment for a term not exceeding eighteen months, or to a fine not exceeding two thousand dollars, or both.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

742.3 (1) The court shall prescribe, as conditions of a conditional sentence order, that the offender do all of the following:

en sus de toute peine qui peut être infligée pour cette infraction, le tribunal qui a rendu l'ordonnance de probation peut, à la demande du poursuivant, ordonner au délinquant de comparaître devant lui et, après audition du poursuivant et du délinquant:

d) lorsque l'ordonnance de probation a été rendue aux termes de l'alinéa 731(1)a), révoquer l'ordonnance et infliger toute peine qui aurait pu être infligée si le prononcé de la peine n'avait pas été suspendu;

e) apporter aux conditions facultatives les modifications qu'il estime souhaitables ou prolonger la durée d'application de l'ordonnance pour la période, d'au plus un an, qu'il estime souhaitable.

Dès lors, le tribunal vise l'ordonnance de probation en conséquence et, s'il modifie les conditions facultatives de l'ordonnance ou en prolonge la durée d'application, il en informe le délinquant et lui remet une copie de l'ordonnance ainsi visée.

733.1 (1) Le délinquant qui, sans excuse raisonnable, omet ou refuse de se conformer à l'ordonnance de probation à laquelle il est soumis est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois et d'une amende maximale de deux mille dollars, ou de l'une de ces peines.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

742.3 (1) Le tribunal assortit l'ordonnance de sursis des conditions suivantes, intimant au délinquant:

- (a) keep the peace and be of good behaviour;
- (b) appear before the court when required to do so by the court;
- (c) report to a supervisor
 - (i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the conditional sentence order, and
 - (ii) thereafter, when required by the supervisor and in the manner directed by the supervisor;
- (d) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the supervisor; and
- (e) notify the court or the supervisor in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the supervisor of any change of employment or occupation.

(2) The court may prescribe, as additional conditions of a conditional sentence order, that the offender do one or more of the following:

- (a) abstain from
 - (i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or
 - (ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;
- (b) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;
- (c) provide for the support or care of dependants;
- (d) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;
- (e) attend a treatment program approved by the province; and
- (f) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2), for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences.

742.6 . . .

(9) Where the court is satisfied, on a balance of probabilities, that the offender has without reasonable excuse, the proof of which lies on the offender, breached a condition of the conditional sentence order, the court may

- a) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;
- b) de répondre aux convocations du tribunal;
- c) de se présenter à l'agent de surveillance:
 - (i) dans les deux jours ouvrables suivant la date de l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,
 - (ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de surveillance;
- d) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de surveillance;
- e) de prévenir le tribunal ou l'agent de surveillance de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

(2) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de sursis de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant:

- a) de s'abstenir de consommer:
 - (i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,
 - (ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;
- b) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;
- c) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;
- d) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;
- e) de suivre un programme de traitement approuvé par la province;
- f) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738(2), pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions.

742.6 . . .

(9) Le tribunal peut, s'il est convaincu, par une preuve prépondérante, que le délinquant a enfreint, sans excuse raisonnable dont la preuve lui incombe, une condition de l'ordonnance de sursis:

- (a) take no action;
- (b) change the optional conditions;
- (c) suspend the conditional sentence order and direct
 - (i) that the offender serve in custody a portion of the unexpired sentence, and
 - (ii) that the conditional sentence order resume on the offender's release from custody, either with or without changes to the optional conditions; or
- (d) terminate the conditional sentence order and direct that the offender be committed to custody until the expiration of the sentence.

IV. Issues

This appeal concerns the proper interpretation and application of the conditional sentencing regime set out in s. 742.1 and subsequent sections of the *Criminal Code*.

Since it came into force on September 3, 1996, the conditional sentence has generated considerable debate. With the advent of s. 742.1, Parliament has clearly mandated that certain offenders who used to go to prison should now serve their sentences in the community. Section 742.1 makes a conditional sentence available to a subclass of non-dangerous offenders who, prior to the introduction of this new regime, would have been sentenced to a term of incarceration of less than two years for offences with no minimum term of imprisonment.

In my view, to address meaningfully the complex interpretive issues raised by this appeal, it is important to situate this new sentencing tool in the broader context of the comprehensive sentencing reforms enacted by Parliament in Bill C-41. I will also consider the nature of the conditional sentence, contrasting it with probationary measures and incarceration. Next, I will address particular interpretive issues posed by s. 742.1. I will first discuss the statutory prerequisites to the imposition of a conditional sentence. Thereafter, I will consider how courts should determine whether a conditional sentence is appropriate, assuming the prerequisites are satisfied. I conclude with some

- a) ne pas agir;
- b) modifier les conditions facultatives;
- c) suspendre l'ordonnance et ordonner:
 - (i) d'une part, au délinquant de purger en prison une partie de la peine qui reste à courir,
 - (ii) d'autre part, que l'ordonnance s'applique à compter de la libération du délinquant, avec ou sans modification des conditions facultatives;
- d) mettre fin à l'ordonnance de sursis et ordonner que le délinquant soit incarcéré jusqu'à la fin de la peine d'emprisonnement.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi porte sur la façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer le régime de sursis à l'emprisonnement établi par l'art. 742.1 et les dispositions suivantes du *Code criminel*.

Depuis leur entrée en vigueur le 3 septembre 1996, les dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis ont suscité de nombreux débats. En édictant l'art. 742.1, le Parlement a clairement prescrit que certains délinquants, qui auparavant étaient emprisonnés, purgeront désormais leur peine au sein de la collectivité. En effet, l'art. 742.1 rend admissible à l'octroi du sursis à l'emprisonnement une sous-catégorie de délinquants non dangereux qui, avant l'entrée en vigueur du nouveau régime, auraient été incarcérés pendant moins de deux ans à la suite de la perpétration d'une infraction pour laquelle aucune peine minimale d'emprisonnement n'était prévue.

À mon avis, pour être en mesure d'examiner efficacement les questions complexes d'interprétation que soulève le présent pourvoi, il est important de situer ce nouveau type de peine dans le contexte plus large de la réforme globale apportée en la matière par le projet de loi C-41. Je vais également examiner la nature de la condamnation à l'emprisonnement avec sursis, en comparant cette sanction à la probation ainsi qu'à l'incarcération. Je vais ensuite aborder les questions particulières d'interprétation que soulève l'art. 742.1. D'abord, je vais analyser les préalables prévus par la loi en matière d'emprisonnement avec sursis. Par la suite, je vais m'interroger sur la façon dont les tribunaux

11

12

13

general comments on the deference to which trial judges are entitled in matters of sentencing and dispose of the case at hand in conformity with the principles outlined in these reasons.

V. Analysis

A. *The 1996 Sentencing Reforms (Bill C-41)*

14 In September 1996, Bill C-41 came into effect. It substantially reformed Part XXIII of the *Code*, and introduced, *inter alia*, an express statement of the purposes and principles of sentencing, provisions for alternative measures for adult offenders and a new type of sanction, the conditional sentence of imprisonment.

15 As my colleagues Cory and Iacobucci JJ. explained in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 39, “[t]he enactment of the new Part XXIII was a watershed, marking the first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law”. They noted two of Parliament’s principal objectives in enacting this new legislation: (i) reducing the use of prison as a sanction, and (ii) expanding the use of restorative justice principles in sentencing (at para. 48).

(1) Reducing the Use of Prison as a Sanction

16 Bill C-41 is in large part a response to the problem of overincarceration in Canada. It was noted in *Gladue*, at para. 52, that Canada’s incarceration rate of approximately 130 inmates per 100,000 population places it second or third highest among industrialized democracies. In their reasons, Cory and Iacobucci JJ. reviewed numerous studies that uniformly concluded that incarceration is costly,

doivent, lorsque tous ces préalables sont réunis, déterminer si l’emprisonnement avec sursis est la peine appropriée. Je terminerai par quelques commentaires généraux sur la retenue dont il y a lieu de faire montre à l’égard de la décision du juge du procès en matière de détermination de la peine et, enfin, je vais trancher le cas qui nous occupe conformément aux principes exposés dans les présents motifs.

V. L’analyse

A. *Les réformes de 1996 en matière de détermination de la peine (le projet de loi C-41)*

En septembre 1996, le projet de loi C-41 est devenu loi. Il a réformé en profondeur la partie XXIII du *Code*, notamment en énonçant expressément les objectifs et les principes de la détermination de la peine, et en établissant des mesures de rechange pour les délinquants adultes ainsi qu’un nouveau type de sanction, la condamnation à l’emprisonnement avec sursis.

Comme l’ont expliqué mes collègues les juges Cory et Iacobucci dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 39, «[l]’adoption de la nouvelle partie XXIII a marqué une étape majeure, soit la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l’histoire du droit criminel canadien». Ils ont signalé deux des principaux objectifs que visait le législateur en édictant ces nouvelles mesures législatives: (i) réduire le recours à l’emprisonnement comme sanction, (ii) élargir l’application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine (au par. 48).

(1) Réduire le recours à l’emprisonnement comme sanction

Le projet de loi C-41 est, dans une large mesure, une réaction au problème du recours excessif à l’incarcération au Canada. Il a été souligné, dans *Gladue*, au par. 52, que le taux d’incarcération d’environ 130 détenus pour 100 000 habitants au Canada plaçaient notre pays au deuxième ou troisième rang au sein des démocraties industrialisées à cet égard. Dans leurs motifs dans cet arrêt, les

frequently unduly harsh and “ineffective, not only in relation to its purported rehabilitative goals, but also in relation to its broader public goals” (para. 54). See also Report of the Canadian Committee on Corrections, *Toward Unity: Criminal Justice and Corrections* (1969); Canadian Sentencing Commission, *Sentencing Reform: A Canadian Approach* (1987), at pp. xxiii-xxiv; Standing Committee on Justice and Solicitor General, *Taking Responsibility* (1988), at p. 75. Prison has been characterized by some as a finishing school for criminals and as ill-preparing them for reintegration into society: see generally Canadian Committee on Corrections, *supra*, at p. 314; Correctional Service of Canada, *A Summary of Analysis of Some Major Inquiries on Corrections — 1938 to 1977* (1982), at p. iv. In *Gladue*, at para. 57, Cory and Iacobucci JJ. held:

Thus, it may be seen that although imprisonment is intended to serve the traditional sentencing goals of separation, deterrence, denunciation, and rehabilitation, there is widespread consensus that imprisonment has not been successful in achieving some of these goals. Overincarceration is a long-standing problem that has been many times publicly acknowledged but never addressed in a systematic manner by Parliament. In recent years, compared to other countries, sentences of imprisonment in Canada have increased at an alarming rate. The 1996 sentencing reforms embodied in Part XXIII, and s. 718.2(e) in particular, must be understood as a reaction to the overuse of prison as a sanction, and must accordingly be given appropriate force as remedial provisions. [Emphasis added.]

Parliament has sought to give increased prominence to the principle of restraint in the use of prison as a sanction through the enactment of s. 718.2(d) and (e). Section 718.2(d) provides that “an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances”, while s. 718.2(e) provides that

juges Cory et Iacobucci ont fait une revue de nombreuses études dans lesquelles on a uniformément conclu que l’incarcération était une mesure coûteuse et dans bien des cas indûment dure et «inefficac[e], non seulement eu égard à ses objectifs proclamés de réinsertion sociale, mais aussi relativement à ses objectifs publics plus généraux» (par. 54). Voir également: Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *Justice pénale et correction: un lien à forger* (1969); Commission canadienne sur la détermination de la peine, *Réformer la sentence: une approche canadienne* (1987), à la p. xxiv; Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général, *Des responsabilités à assumer* (1988), à la p. 81. Certains ont dit des prisons qu’elles sont des écoles du crime et qu’elles préparent mal les prisonniers à leur réinsertion sociale: voir, de façon générale, Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle, *op. cit.*, à la p. 336; Service correctionnel du Canada, *Résumé et analyse de quelques grandes enquêtes sur le processus correctionnel — de 1938 à 1977* (1982), à la p. iv. Dans *Gladue*, les juges Cory et Iacobucci ont tiré la conclusion suivante, au par. 57:

Ainsi, il appert que même si l’emprisonnement vise les objectifs traditionnels d’isolement, de dissuasion, de dénonciation et de réinsertion sociale, il est généralement admis qu’il n’a pas réussi à réaliser certains d’entre eux. Le recours excessif à l’incarcération est un problème de longue date dont l’existence a été maintes fois reconnue sur la place publique mais que le Parlement n’a jamais abordé de façon systématique. Au cours des dernières années, le Canada, comparativement à d’autres pays, a enregistré une augmentation alarmante des peines d’emprisonnement. Les réformes introduites en 1996 dans la partie XXIII, et l’al. 718.2e) en particulier, doivent être comprises comme une réaction au recours trop fréquent à l’incarcération comme sanction, et il faut par conséquent en reconnaître pleinement le caractère réparateur. [Je souligne.]

En adoptant les al. 718.2d) et e), le législateur a voulu accorder une plus grande importance au principe de la modération dans le recours à l’emprisonnement comme sanction. L’alinéa 718.2d) impose au tribunal «l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circons-

“all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders”. Further evidence of Parliament’s desire to lower the rate of incarceration comes from other provisions of Bill C-41: s. 718(c) qualifies the sentencing objective of separating offenders from society with the words “where necessary”, thereby indicating that caution be exercised in sentencing offenders to prison; s. 734(2) imposes a duty on judges to undertake a means inquiry before imposing a fine, so as to decrease the number of offenders who are incarcerated for defaulting on payment of their fines; and of course, s. 742.1, which introduces the conditional sentence. In *Gladue*, at para. 40, the Court held that “[t]he creation of the conditional sentence suggests, on its face, a desire to lessen the use of incarceration”.

(2) Expanding the Use of Restorative Justice Principles in Sentencing

18 Restorative justice is concerned with the restoration of the parties that are affected by the commission of an offence. Crime generally affects at least three parties: the victim, the community, and the offender. A restorative justice approach seeks to remedy the adverse effects of crime in a manner that addresses the needs of all parties involved. This is accomplished, in part, through the rehabilitation of the offender, reparations to the victim and to the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

19 Canadian sentencing jurisprudence has traditionally focussed on the aims of denunciation, deterrence, separation, and rehabilitation, with rehabilitation a relative late-comer to the sentencing analysis: see *Gladue*, at para. 42. With the introduction of Bill C-41, however, Parliament has

tances le justifient», et l’al. 718.2e) prévoit «l’examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». La volonté du législateur de réduire le recours à l’emprisonnement ressort d’autres dispositions du projet de loi C-41: l’al. 718c) tempère l’application de l’objectif d’isolement des délinquants du reste de la société en précisant qu’il faut y recourir «au besoin», indiquant par là aux tribunaux de faire montre de circonspection dans l’emprisonnement des délinquants; le par. 734(2) enjoint au tribunal de s’assurer que le délinquant est en mesure de payer une amende avant de lui en infliger une, dans le but de réduire le nombre de délinquants emprisonnés pour non-paiement d’une amende; et, évidemment, l’art. 742.1, qui crée la sanction de condamnation à l’emprisonnement avec sursis. Dans l’arrêt *Gladue*, au par. 40, notre Cour a jugé que «[l]a création de la condamnation avec sursis, comme telle, traduit le désir de diminuer le recours à l’incarcération».

(2) Élargir l’application des principes de justice corrective en matière de détermination de la peine

La justice corrective vise à la réparation des torts causés aux personnes touchées par la perpétration d’une infraction. Généralement, un crime a des effets sur trois catégories de personnes: la victime, la collectivité et le délinquant. La justice corrective tend à remédier aux effets néfastes de la criminalité, et ce d’une manière qui tienne compte des besoins de tous les intéressés. Cet objectif est réalisé en partie par la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu’il a causé aux victimes et à la collectivité.

La jurisprudence canadienne en matière de détermination de la peine a traditionnellement mis l’accent sur les objectifs de dénonciation, de dissuasion, d’isolement du délinquant du reste de la société et de réinsertion sociale, ce dernier objectif étant relativement récent dans l’analyse: voir

placed new emphasis upon the goals of restorative justice. Section 718 sets out the fundamental purpose of sentencing, as well as the various sentencing objectives that should be vindicated when sanctions are imposed. In *Gladue, supra*, Cory and Iacobucci JJ. stated (at para. 43):

Clearly, s. 718 is, in part, a restatement of the basic sentencing aims, which are listed in paras. (a) through (d). What are new, though, are paras. (e) and (f), which along with para. (d) focus upon the restorative goals of repairing the harms suffered by individual victims and by the community as a whole, promoting a sense of responsibility and an acknowledgment of the harm caused on the part of the offender, and attempting to rehabilitate or heal the offender. The concept of restorative justice which underpins paras. (d), (e), and (f) is briefly discussed below, but as a general matter restorative justice involves some form of restitution and reintegration into the community. The need for offenders to take responsibility for their actions is central to the sentencing process. . . . Restorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction. In our view, Parliament's choice to include (e) and (f) alongside the traditional sentencing goals must be understood as evidencing an intention to expand the parameters of the sentencing analysis for all offenders. [Emphasis added; citation omitted.]

Parliament has mandated that expanded use be made of restorative principles in sentencing as a result of the general failure of incarceration to rehabilitate offenders and reintegrate them into society. By placing a new emphasis on restorative principles, Parliament expects both to reduce the rate of incarceration and improve the effectiveness of sentencing. During the second reading of Bill C-41 on September 20, 1994 (*House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 35th Parl., at p. 5873), Minister of Justice Allan Rock made the following statements:

A general principle that runs throughout Bill C-41 is that jails should be reserved for those who should be there. Alternatives should be put in place for those who

Gladue, au par. 42. Toutefois, en adoptant le projet de loi C-41, le Parlement a voulu accorder une importance nouvelle aux objectifs liés à la justice corrective. L'article 718 énonce l'objectif essentiel de la détermination de la peine ainsi que les différents objectifs auxquels devraient tendre la peine infligée au délinquant. Dans *Gladue*, précité, les juges Cory et Iacobucci ont dit ceci (au par. 43):

Manifestement, l'art. 718 est, en partie, une reformulation des objectifs de base du prononcé de la peine, qui sont énumérés aux al. a) à d). Ce qui est nouveau, toutefois, se trouve aux al. e) et f) qui, avec l'al. d), mettent l'accent sur les objectifs correctifs que sont la réparation des torts subis par les victimes individuelles et l'ensemble de la collectivité, l'éveil de la conscience des responsabilités, la reconnaissance du tort causé et les efforts de réinsertion sociale ou de guérison du délinquant. Le concept de justice corrective qui sous-tend les al. d), e) et f) fait l'objet d'un bref examen plus loin, mais de façon générale, la justice corrective comporte une forme de restitution et de réinsertion dans la collectivité. La nécessité pour les délinquants d'assumer la responsabilité de leurs actes est un élément central au processus de détermination de la peine [. . .] Les objectifs correctifs ne concordent habituellement pas avec le recours à l'emprisonnement. À notre avis, la décision du Parlement d'ajouter les al. e) et f) aux objectifs traditionnels de la détermination de la peine témoigne d'une intention d'élargir les paramètres de l'analyse de la peine pour tous les délinquants. [Je souligne; référence omise.]

Le législateur a prescrit le recours accru aux principes de justice corrective en matière de détermination de la peine en raison de l'incapacité générale de l'emprisonnement à assurer la réadaptation du délinquant et sa réinsertion sociale. En insistant davantage que par le passé sur les principes de justice corrective, le législateur compte réduire le taux d'incarcération et accroître l'efficacité du processus de détermination de la peine. Durant la seconde lecture du projet de loi C-41, le 20 septembre 1994 (*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1^{re} sess., 35^e lég., à la p. 5873), le ministre de la Justice, Allan Rock, a fait les déclarations suivantes:

[TRADUCTION] On retrouve, tout au long du projet de loi C-41, un principe général voulant que l'on n'emprisonne que les personnes qui méritent d'être emprison-

commits offences but who do not need or merit incarceration.

Jails and prisons will be there for those who need them, for those who should be punished in that way or separated from society. . . . [T]his bill creates an environment which encourages community sanctions and the rehabilitation of offenders together with reparation to victims and promoting in criminals a sense of accountability for what they have done.

It is not simply by being more harsh that we will achieve more effective criminal justice. We must use our scarce resources wisely.

B. *The Nature of the Conditional Sentence*

21 The conditional sentence was specifically enacted as a new sanction designed to achieve both of Parliament's objectives. The conditional sentence is a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders. The offenders who meet the criteria of s. 742.1 will serve a sentence under strict surveillance in the community instead of going to prison. These offenders' liberty will be constrained by conditions to be attached to the sentence, as set out in s. 742.3 of the *Code*. In case of breach of conditions, the offender will be brought back before a judge, pursuant to s. 742.6. If an offender cannot provide a reasonable excuse for breaching the conditions of his or her sentence, the judge may order him or her to serve the remainder of the sentence in jail, as it was intended by Parliament that there be a real threat of incarceration to increase compliance with the conditions of the sentence.

22 The conditional sentence incorporates some elements of non-custodial measures and some others of incarceration. Because it is served in the community, it will generally be more effective than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender. However, it is also a

nées. Il faudrait prévoir d'autres solutions pour les personnes qui commettent des infractions ne nécessitant pas une incarcération.

Les prisons seront là pour ceux qui en ont besoin, ceux qui devraient être punis de cette façon ou exclus de la société [. . .] [L]e projet de loi crée un climat qui encourage les sanctions communautaires et la réinsertion sociale des délinquants parallèlement à la réparation accordée aux victimes, en plus d'amener les criminels à mieux assumer la responsabilité de leurs actes.

Ce n'est pas simplement en étant plus stricts que nous nous doterons d'un système de justice pénale plus efficace. Nous devons utiliser nos ressources limitées de façon judicieuse.

B. *La nature de l'emprisonnement avec sursis*

La peine d'emprisonnement avec sursis a été établie précisément en tant que sanction visant à la réalisation de ces deux objectifs du législateur. Elle constitue une solution de rechange à l'incarcération de certains délinquants non dangereux. Au lieu d'être incarcérés, les délinquants qui satisfont aux critères fixés par l'art. 742.1 purgent leur peine sous stricte surveillance au sein de la collectivité. Leur liberté est restreinte par les conditions dont est assortie leur ordonnance de sursis à l'emprisonnement en vertu de l'art. 742.3 du *Code*. Suivant l'art. 742.6, le délinquant qui manque à ces conditions est ramené devant le tribunal. Si le délinquant ne peut apporter d'excuse raisonnable pour justifier le manquement aux conditions de son ordonnance, le tribunal peut ordonner son incarcération pour le reste de la peine, puisque le législateur entendait faire peser une menace concrète d'incarcération en vue d'accroître le respect des conditions assortissant les ordonnances de sursis à l'emprisonnement.

La condamnation à l'emprisonnement avec sursis intègre certains aspects des mesures substitutives à l'incarcération et certains aspects de l'incarcération. Parce qu'elle est purgée dans la collectivité, la peine d'emprisonnement avec sursis permet généralement de réaliser plus efficacement que l'incarcération les objectifs de justice corrective que sont la réinsertion sociale du délinquant,

punitive sanction capable of achieving the objectives of denunciation and deterrence. It is this punitive aspect that distinguishes the conditional sentence from probation, and it is to this issue that I now turn.

(1) Comparing Conditional Sentences with Probation

There has been some confusion among members of the judiciary and the public alike about the difference between a conditional sentence and a suspended sentence with probation. This confusion is understandable, as the statutory provisions regarding conditions to be attached to conditional sentences (s. 742.3) and probation orders (s. 732.1) are very similar. Notwithstanding these similarities, there is an important distinction between the two. While a suspended sentence with probation is primarily a rehabilitative sentencing tool, the evidence suggests that Parliament intended a conditional sentence to address both punitive and rehabilitative objectives.

(a) *A Comparative Reading of the Provisions*

A comparative reading of the provisions governing conditional sentences and probation orders reveals three differences. First, a probation order includes only three compulsory conditions — to keep the peace and be of good behaviour, appear before the court when required, and notify the court or probation officer of any change in employment or address — whereas there are five such conditions in the case of a conditional sentence. The two additional compulsory conditions of a conditional sentence — to report to a supervisor and remain within the jurisdiction unless

la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Cependant, elle est également une sanction punitive propre à permettre la réalisation des objectifs de dénonciation et de dissuasion. C'est cette dimension punitive qui distingue l'emprisonnement avec sursis de la probation, question que je vais maintenant aborder.

(1) Comparaison de l'emprisonnement avec sursis et de la probation

Il existe, tant au sein des membres de la magistrature que du grand public, une certaine confusion relativement à la différence entre le sursis à l'emprisonnement et le sursis au prononcé de la peine avec mise en probation. Cette confusion n'est pas surprenante compte tenu du libellé très semblable des dispositions législatives régissant les conditions qui assortissent l'ordonnance d'emprisonnement avec sursis et l'ordonnance de probation, c'est-à-dire les art. 742.3 et 732.1 respectivement. Malgré ces similitudes, il existe une distinction importante entre ces deux sanctions. Alors que le sursis au prononcé de la peine avec mise en probation est principalement une mesure de réinsertion sociale, il semblerait que le législateur entendait que le sursis à l'emprisonnement vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale.

a) *Examen comparatif des dispositions pertinentes*

La comparaison des dispositions régissant l'emprisonnement avec sursis et de celles régissant la probation ne révèle que trois différences. Premièrement, une ordonnance de probation n'est assortie que de trois conditions obligatoires — ne pas troubler l'ordre public et avoir une bonne conduite, répondre aux convocations du tribunal et prévenir le tribunal ou l'agent de probation de tout changement d'adresse ou d'emploi —, alors qu'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement en compte cinq. Toutefois, les deux conditions obligatoires supplémentaires de l'ordonnance d'emprisonnement avec sursis — se présenter à l'agent de surveillance et demeurer dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir — figurent

permission is granted to leave — are listed as optional conditions under a probation order.

25

The second difference concerns the power of the judge to order the offender to undergo treatment. Under a conditional sentence, the sentencing judge can order the offender to attend a treatment program, regardless of whether the offender consents. Under a probation order, the judge can only impose a treatment order with the consent of the offender (with the exception of drug or alcohol addiction programs since the 1999 amendment to s. 732.1 (S.C. 1999, c. 32, s. 6)). In practice, however, this difference is not very significant, since it is unlikely that an offender faced with the choice between imprisonment and a suspended sentence with treatment as a condition of probation would refuse to consent to treatment.

26

The third difference is in the wording of the residual clauses of the provisions governing the imposition of optional conditions. In the case of a conditional sentence, s. 742.3(2)(f) provides that the court may order that the offender comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable “for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences”. By contrast, s. 732.1(3)(h) provides that the court may impose such other reasonable conditions of probation “for protecting society and for facilitating the offender’s successful reintegration into the community”.

27

On their face, these three differences do not suggest that a conditional sentence is more punitive than a suspended sentence with probation. Moreover, the penalty for breach of probation is potentially more severe than that for breach of a conditional sentence. Pursuant to s. 733.1(1), breach of probation constitutes a new offence, punishable by up to two years imprisonment, while a breach of condition does not constitute a new offence *per se*.

au nombre des conditions facultatives dont peut être assortie l’ordonnance de probation.

La deuxième différence concerne le pouvoir du juge d’ordonner au délinquant de suivre un programme de traitement. Dans le cadre du sursis à l’emprisonnement, le juge qui détermine la peine peut ordonner au délinquant de suivre un programme de traitement, que ce dernier y consente ou non. Dans le cadre d’une ordonnance de probation, le juge ne peut prononcer une ordonnance de participation à un programme de traitement qu’avec le consentement du délinquant (sauf s’il s’agit de programmes de traitement pour abus d’alcool ou de drogue, depuis la modification apportée en 1999 à l’art. 732.1: L.C. 1999, ch. 32, art. 6). Dans la pratique, toutefois, la distinction n’est pas très importante, car il est peu probable que le délinquant à qui l’on présente la possibilité, au lieu de l’emprisonnement, d’un sursis au prononcé de sa peine avec comme condition de probation l’obligation de suivre un traitement, refuse de participer à ce traitement.

La troisième différence se trouve dans le libellé de la clause résiduaire des dispositions prévoyant les conditions facultatives dont peuvent être assorties les ordonnances. Dans le cas de l’emprisonnement avec sursis, l’al. 742.3(2)f autorise le tribunal à intimer au délinquant d’observer telles autres conditions raisonnables que le premier considère souhaitables «pour assurer la bonne conduite du délinquant et l’empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d’autres infractions». Par comparaison, l’al. 732.1(3)h précise que le tribunal peut assortir l’ordonnance de probation d’autres conditions raisonnables «pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant».

A priori, ces trois différences n’indiquent pas que l’emprisonnement avec sursis est une mesure plus sévère que le sursis au prononcé de la peine assorti d’une ordonnance de probation. En outre, la sanction susceptible d’être infligée en cas d’inobservation d’une ordonnance de probation est plus sévère que les conséquences du manquement aux conditions d’une ordonnance de sursis à l’emprisonnement. Selon le par. 733.1(1), l’inobservation

The maximum penalties are also different. In the case of a breach of probation, the offender is subject to the revocation of the probation order and can be sentenced for the original offence (in cases where a suspended sentence was rendered): see s. 732.2(5). By contrast, in the case of breaches of conditional sentences, the maximum punishment available is incarceration for the time remaining of the original sentence (s. 742.6(9)). Presumably, if a conditional sentence is more onerous than probation, the consequences of breaching a condition should be more onerous as well.

(b) *Conditional Sentences Must Be More Punitive Than Probation*

Despite the similarities between the provisions and the fact that the penalty for breach of probation is potentially more severe than for breach of a conditional sentence, there are strong indications that Parliament intended the conditional sentence to be more punitive than probation. It is a well accepted principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage. It would be absurd if Parliament intended conditional sentences to amount merely to probation under a different name. While this argument is clearly not dispositive, it suggests that Parliament intended there to be a meaningful distinction between the two sanctions. I will now consider more specific arguments in support of this position.

d'une ordonnance de probation constitue une nouvelle infraction, punissable d'un emprisonnement maximal de deux ans, alors que le manquement aux conditions d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement ne constitue pas en soi une nouvelle infraction. Les peines maximales diffèrent également. Le délinquant qui ne se conforme pas à son ordonnance de probation peut voir cette dernière révoquée et être condamné à toute peine applicable à l'égard de l'infraction initiale (s'il y a eu sursis au prononcé de la peine): voir le par. 732.2(5). Par comparaison, en cas de manquement aux conditions d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, la sanction maximale applicable est l'incarcération pour le reste de la période d'emprisonnement infligée initialement (par. 742.6(9)). Vraisemblablement, si une ordonnance de sursis à l'emprisonnement est une sanction plus sévère qu'une ordonnance de probation, les conséquences d'un manquement à ces conditions devraient l'être également.

b) *La condamnation à l'emprisonnement avec sursis doit avoir un effet plus punitif qu'une ordonnance de probation*

Malgré les similitudes qui existent entre les dispositions qui régissent ces deux types de mesures et le fait que la sanction applicable en cas de manquement à une ordonnance de probation pourrait être plus sévère que celle applicable en cas de manquement à une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, il y a de fortes indications que le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis ait un effet plus punitif que la probation. Suivant un principe d'interprétation législative reconnu, une disposition législative ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu'elle devienne superflue. Il serait absurde que le législateur ait voulu que le sursis à l'emprisonnement équivaille simplement à une ordonnance de probation sous un autre nom. Quoique cet argument ne soit évidemment pas décisif, il tend à indiquer que le législateur voulait qu'il y ait une distinction utile entre les deux sanctions. Je vais maintenant examiner des arguments plus spécifiques au soutien de cette thèse.

29

The conditional sentence is defined in the *Code* as a sentence of imprisonment. The heading of s. 742 reads “Conditional Sentence of Imprisonment”. Furthermore, s. 742.1(a) requires the court to impose a sentence of imprisonment of less than two years before considering whether the sentence can be served in the community subject to the appropriate conditions. Parliament intended imprisonment, in the form of incarceration, to be more punitive than probation, as it is far more restrictive of the offender’s liberty. Since a conditional sentence is, at least notionally, a sentence of imprisonment, it follows that it too should be interpreted as more punitive than probation.

30

On a related note, with the enactment of s. 742.1, Parliament has mandated that certain non-dangerous offenders who would otherwise have gone to jail for up to two years now serve their sentences in the community. If a conditional sentence is not distinguished from probation, then these offenders will receive what are effectively considerably less onerous probation orders instead of jail terms. Such lenient sentences would not provide sufficient denunciation and deterrence, nor would they be accepted by the public. Section 718 provides that the fundamental purpose of sentencing is “to contribute . . . to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society”. Inadequate sanctions undermine respect for the law. Accordingly, it is important to distinguish a conditional sentence from probation by way of the use of punitive conditions.

31

Earlier I drew attention to a subtle difference between the residual clauses in the provisions governing the imposition of optional conditions of probation orders and conditional sentences. While the difference between the two residual clauses is subtle, it is also significant. In order to appreciate

Le sursis à l’emprisonnement est décrit dans le *Code* comme une peine d’emprisonnement. En effet, l’intertitre précédant l’art. 742 est «Condamnations à l’emprisonnement avec sursis». En outre, aux termes de l’art. 742.1, le délinquant doit avoir été condamné à une peine d’emprisonnement de moins de deux ans avant que le tribunal puisse se demander si cette peine peut être purgée au sein de la collectivité, sous réserve de l’application de conditions appropriées. Le législateur a voulu que l’emprisonnement — sous forme d’incarcération — ait un caractère plus punitif que la probation, puisque la première mesure est davantage restrictive de la liberté du délinquant que la seconde. Comme l’emprisonnement avec sursis est, à tout le moins en principe, une peine d’emprisonnement, il s’ensuit qu’il devrait lui aussi être considéré comme une mesure plus punitive que la probation.

Dans le même ordre d’idée, en adoptant l’art. 742.1, le législateur a prescrit que certains délinquants non dangereux, qui autrement auraient été incarcérés pendant des périodes de moins de deux ans, purgent désormais leur peine au sein de la collectivité. Si aucune distinction n’est établie entre l’emprisonnement avec sursis et la probation, ces délinquants se verront infliger non pas une peine d’emprisonnement mais plutôt, dans les faits, une ordonnance de probation considérablement moins sévère. Des peines aussi clémentes n’auraient pas un effet suffisamment dénonciateur et dissuasif, et elles ne seraient pas acceptées par le public. L’article 718 précise que l’objectif essentiel de la détermination de la peine est «de contribuer [. . .] au respect de la loi et au maintien d’une société juste, paisible et sûre». L’infliction de peines inadéquates nuit au respect de la loi. En conséquence, il importe de distinguer l’emprisonnement avec sursis de la probation en assortissant l’ordonnance de sursis à l’emprisonnement de conditions à caractère punitif.

J’ai souligné, plus tôt, la différence subtile qui existe entre la clause résiduaire des dispositions prévoyant les conditions facultatives dont peuvent être assorties les ordonnances de probation et la clause correspondante concernant les ordonnances de sursis à l’emprisonnement. Bien que subtile,

this difference, it is necessary to consider the case law and practice that has developed with respect to probation.

Probation has traditionally been viewed as a rehabilitative sentencing tool. Recently, the rehabilitative nature of the probation order was explained by the Saskatchewan Court of Appeal in *R. v. Taylor* (1997), 122 C.C.C. (3d) 376. Bayda C.J.S. wrote, at p. 394:

Apart from the wording of the provision, the innate character of a probation order is such that it seeks to influence the future behaviour of the offender. More specifically, it seeks to secure "the good conduct" of the offender and to deter him from committing other offences. It does not particularly seek to reflect the seriousness of the offence or the offender's degree of culpability. Nor does it particularly seek to fill the need for denunciation of the offence or the general deterrence of others to commit the same or other offences. Depending upon the specific conditions of the order there may well be a punitive aspect to a probation order but punishment is not the dominant or an inherent purpose. It is perhaps not even a secondary purpose but is more in the nature of a consequence of an offender's compliance with one or more of the specific conditions with which he or she may find it hard to comply. [Emphasis added.]

Many appellate courts have struck out conditions of probation that were imposed to punish rather than rehabilitate the offender: see *R. v. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (Ont. C.A.), at p. 288; *R. v. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401 (Ont. C.A.), at pp. 402-3; *R. v. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551 (B.C.C.A.), at pp. 552-53, and *R. v. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398 (Alta. C.A.), at pp. 399-400. The impugned terms of probation in these cases were imposed pursuant to a residual clause in force at the time whose wording was virtually identical to that presently used in s. 742.3(2)(f).

Despite the virtual identity in the wording of s. 742.3(2)(f) and the old residual clause applicable to probation orders, it would be a mistake to con-

cette différence n'en est pas moins importante. Pour bien la saisir, il est nécessaire d'examiner la jurisprudence et la pratique en matière de probation.

La probation a traditionnellement été considérée comme une mesure de réinsertion sociale du délinquant. Récemment, la Cour d'appel de la Saskatchewan a expliqué en quoi l'ordonnance de probation tend à la réinsertion sociale dans *R. c. Taylor* (1997), 122 C.C.C. (3d) 376. Le juge en chef Bayda a dit ce qui suit, à la p. 394:

[TRADUCTION] Indépendamment du libellé de la disposition, l'ordonnance de probation vise foncièrement à influencer le comportement ultérieur du délinquant. Plus précisément, elle tend à assurer «la bonne conduite» du délinquant et à le dissuader de perpétrer d'autres infractions. Elle n'a pas spécialement pour objet de refléter la gravité de l'infraction ou le degré de culpabilité du délinquant. Son but n'est pas non plus de dénoncer l'infraction ou de dissuader généralement autrui de perpétrer la même infraction ou d'en commettre d'autres. Selon les conditions précises dont elle assortie, l'ordonnance peut avoir un aspect punitif, mais la punition n'est pas son objectif dominant ou intrinsèque, ni même, peut-être, un objectif secondaire. L'aspect punitif participe plutôt d'une conséquence de l'observation, par le délinquant, d'une ou de plusieurs conditions précises qu'il peut trouver difficiles à respecter. [Je souligne.]

De nombreuses cours d'appel ont invalidé des conditions de probation qui avaient été imposées dans le but de punir le délinquant plutôt que de favoriser sa réinsertion sociale: voir *R. c. Ziatas* (1973), 13 C.C.C. (2d) 287 (C.A. Ont.), à la p. 288; *R. c. Caja* (1977), 36 C.C.C. (2d) 401 (C.A. Ont.), aux pp. 402 et 403; *R. c. Lavender* (1981), 59 C.C.C. (2d) 551 (C.A.C.-B.), aux pp. 552 et 553, et *R. c. L.* (1986), 50 C.R. (3d) 398 (C.A. Alb.), aux pp. 399 et 400. Les conditions de l'ordonnance de probation contestées dans ces affaires avaient été imposées en application de la clause résiduaire qui était en vigueur à l'époque et dont le texte était virtuellement identique à celui de l'actuel al. 742.3(2)(f).

Malgré le fait que le texte de l'al. 742.3(2)(f) soit virtuellement identique à celui de l'ancienne clause résiduaire concernant les conditions des ordon-

32

33

34

clude that punitive conditions cannot now be imposed under s. 742.3(2)(f). Parliament amended the residual clause for probation, s. 732.1(3)(h), to read “for protecting society and for facilitating the offender’s successful reintegration into the community” (emphasis added). It did so to make clear the rehabilitative purpose of probation and to distinguish s. 742.3(2)(f) from s. 732.1(3)(h). The wording used in s. 742.3(2)(f) does not focus principally on the rehabilitation and reintegration of the offender. If s. 742.3(2)(f) were interpreted as precluding punitive conditions, it would frustrate Parliament’s intention in distinguishing the two forms of sentence. Parliament would not have distinguished them if it intended both clauses to serve the same purpose.

nances de probation, il serait erroné de conclure que l’al. 742.3(2)f ne permet pas d’imposer des conditions à caractère punitif. Le Parlement a modifié la clause résiduaire concernant les conditions des ordonnances de probation, l’al. 732.1(3)h, qui parle maintenant de conditions jugées souhaitables par le tribunal «pour assurer la protection de la société et faciliter la réinsertion sociale du délinquant» (je souligne). Le législateur a apporté cette modification pour indiquer clairement que la probation a pour objet la réinsertion sociale du délinquant et pour distinguer l’al. 742.3(2)f de l’al. 732.1(3)h. Il a distingué ces deux alinéas en formulant le premier d’une manière qui ne s’attache pas principalement à la réadaptation et à la réinsertion sociale du délinquant. Si on donnait à l’al. 742.3(2)f une interprétation empêchant l’application de conditions à caractère punitif, on se trouverait à faire obstacle à l’intention du législateur de distinguer ces deux types de mesures. Le législateur n’aurait pas établi de distinction entre ces deux clauses s’il avait voulu qu’elles tendent au même objet.

35 In light of the foregoing, it is clear that Parliament intended a conditional sentence to be more punitive than a suspended sentence with probation, notwithstanding the similarities between the two sanctions in respect of their rehabilitative purposes. I agree wholeheartedly with Vancise J.A., who, dissenting in *R. v. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (Sask. C.A.), stated, at p. 443, that conditional sentences were designed to “permit the accused to avoid imprisonment but not to avoid punishment”.

À la lumière de ce qui précède, il est évident que le législateur voulait que le sursis à l’emprisonnement ait un caractère plus punitif que le sursis au prononcé de la peine avec mise en probation, malgré les similitudes qui existent entre les deux sanctions du point de vue de leur fonction de réinsertion sociale du délinquant. Je souscris entièrement à l’opinion exprimée par le juge Vancise, dans ses motifs de dissidence dans *R. c. McDonald* (1997), 113 C.C.C. (3d) 418 (C.A. Sask.), à la p. 443, et selon laquelle le sursis à l’emprisonnement vise à [TRADUCTION] «permettre à l’accusé d’éviter l’emprisonnement, mais non la punition».

36 Accordingly, conditional sentences should generally include punitive conditions that are restrictive of the offender’s liberty. Conditions such as house arrest or strict curfews should be the norm, not the exception. As the Minister of Justice said during the second reading of Bill C-41 (*House of Commons Debates, supra*, at p. 5873), “[t]his sanction is obviously aimed at offenders who would

Par conséquent, une ordonnance de sursis à l’emprisonnement devrait généralement être assortie de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant. Des conditions comme la détention à domicile ou des couvre-feux stricts devraient être la règle plutôt que l’exception. Comme l’a souligné le ministre de la Justice lors de la deuxième lecture du projet de loi C-41 (*Débats de la Chambre des communes, op. cit.*, à la p. 5873) [TRADUCTION] «[c]ette sanction vise manifestement les

otherwise be in jail but who could be in the community under tight controls” (emphasis added).

There must be a reason for failing to impose punitive conditions when a conditional sentence order is made. Sentencing judges should always be mindful of the fact that conditional sentences are only to be imposed on offenders who would otherwise have been sent to jail. If the judge is of the opinion that punitive conditions are unnecessary, then probation, rather than a conditional sentence, is most likely the appropriate disposition.

The punitive nature of the conditional sentence should also inform the treatment of breaches of conditions. As I have already discussed, the maximum penalty for breach of probation is potentially more severe than that for breach of a conditional sentence. In practice, however, breaches of conditional sentences may be punished more severely than breaches of probation. Without commenting on the constitutionality of these provisions, I note that breaches of conditional sentence need only be proved on a balance of probabilities, pursuant to s. 742.6(9), whereas breaches of probation must be proved beyond a reasonable doubt.

More importantly, where an offender breaches a condition without reasonable excuse, there should be a presumption that the offender serve the remainder of his or her sentence in jail. This constant threat of incarceration will help to ensure that the offender complies with the conditions imposed: see *R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (Alta. C.A.); J. V. Roberts, “Conditional Sentencing: Sword of Damocles or Pandora’s Box?” (1997), 2 *Can. Crim. L. Rev.* 183. It also assists in distinguishing the conditional sentence from probation

personnes [. . .] qui seraient autrement en prison, mais qu’on peut maintenir dans la collectivité en exerçant des contrôles serrés» (je souligne).

Le juge qui rend une ordonnance de sursis à l’emprisonnement sans l’assortir de conditions punitives devrait exposer la raison particulière expliquant cette décision. En effet, le juge qui détermine la peine ne doit jamais oublier que le sursis à l’emprisonnement ne doit être prononcé qu’à l’égard des délinquants qui autrement iraient en prison. S’il est d’avis qu’il est inutile d’imposer des conditions punitives, c’est alors la probation, et non le sursis à l’emprisonnement, qui est selon toute vraisemblance la mesure appropriée.

Le caractère punitif de l’ordonnance d’emprisonnement avec sursis devrait également se refléter dans le traitement des manquements aux conditions dont elle est assortie. Comme je l’ai mentionné précédemment, la peine maximale infligée en cas de manquement aux conditions d’une ordonnance de probation est susceptible d’être plus sévère qu’en cas de manquement aux conditions d’une ordonnance de sursis à l’emprisonnement. En pratique, toutefois, les manquements aux conditions d’une telle ordonnance peuvent être punis plus sévèrement que les manquements à une ordonnance de probation. Sans me prononcer sur la constitutionnalité des dispositions concernées, je remarque que, selon le par. 742.6(9), le manquement à une ordonnance de sursis à l’emprisonnement ne doit être prouvé que suivant la prépondérance des probabilités, alors que le manquement à une ordonnance de probation doit être prouvé hors de tout doute raisonnable.

Remarque plus importante, lorsque le délinquant enfreint sans excuse raisonnable une condition de son ordonnance de sursis à l’emprisonnement, il devrait y avoir présomption qu’il doit alors purger le reste de sa peine en prison. Cette menace constante d’incarcération est de nature à inciter le délinquant à respecter les conditions qui lui ont été imposées: voir *R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (C.A. Alb.); J. V. Roberts, «Conditional Sentencing: Sword of Damocles or Pandora’s Box?» (1997), 2 *Rev. can. D.P.* 183. Elle contribue

37

38

39

by making the consequences of a breach of condition more severe.

(2) Conditional Sentences and Incarceration

40

Although a conditional sentence is by statutory definition a sentence of imprisonment, this Court, in *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 21, recognized that there “is a very significant difference between being behind bars and functioning within society while on conditional release”. See also *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at p. 150, *per* McLachlin J. These comments are equally applicable to the conditional sentence. Indeed, offenders serving a conditional sentence in the community are only partially deprived of their freedom. Even if their liberty is restricted by the conditions attached to their sentence, they are not confined to an institution and they can continue to attend to their normal employment or educational endeavours. They are not deprived of their private life to the same extent. Nor are they subject to a regimented schedule or an institutional diet.

41

This is not to say that the conditional sentence is a lenient punishment or that it does not provide significant denunciation and deterrence, or that a conditional sentence can never be as harsh as incarceration. As this Court stated in *Gladue*, *supra*, at para. 72:

... in our view a sentence focussed on restorative justice is not necessarily a “lighter” punishment. Some proponents of restorative justice argue that when it is combined with probationary conditions it may in some circumstances impose a greater burden on the offender than a custodial sentence.

A conditional sentence may be as onerous as, or perhaps even more onerous than, a jail term, particularly in circumstances where the offender is forced to take responsibility for his or her actions and make reparations to both the victim and the

en outre à distinguer l’emprisonnement avec sursis de la probation en rendant plus sévères les conséquences d’un manquement aux conditions d’une ordonnance de sursis à l’emprisonnement.

(2) Emprisonnement avec sursis et incarcération

Quoique l’emprisonnement avec sursis soit décrit dans la loi comme une forme d’emprisonnement, dans *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, au par. 21, notre Cour a reconnu qu’«il y a une différence très grande entre être derrière les barreaux et vivre dans la société en bénéficiant d’une libération conditionnelle». Voir également *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, à la p. 150, le juge McLachlin. Ces commentaires s’appliquent également à l’emprisonnement avec sursis. En effet, le délinquant qui purge une telle peine au sein de la collectivité n’est que partiellement privé de sa liberté. Même si sa liberté est restreinte par les conditions assortissant son ordonnance de sursis, le délinquant n’est pas détenu dans un établissement et il peut continuer de vaquer à ses activités professionnelles ou éducationnelles ordinaires. Il n’est pas dépouillé de sa vie privée dans la même mesure que s’il était incarcéré. Il n’est pas non plus soumis à un horaire strict ou à un régime alimentaire institutionnel.

Cela ne signifie pas pour autant que l’emprisonnement avec sursis est une peine clémente, qu’elle n’a pas un effet dénonciateur et dissuasif appréciable ou qu’elle ne peut jamais être une peine aussi sévère que l’incarcération. Comme a dit notre Cour dans *Gladue*, précité, au par. 72:

À notre avis cependant une peine axée sur l’approche correctrice n’est pas nécessairement un châtiment moins sévère. Certains tenants de la justice correctrice soutiennent que, combinée à des conditions de probation, elle peut imposer dans certains cas un fardeau plus lourd au délinquant qu’une peine d’emprisonnement.

L’emprisonnement avec sursis peut s’avérer une peine aussi sévère, voire plus sévère que l’emprisonnement comme tel, particulièrement dans les cas où le délinquant est tenu d’assumer la responsabilité de ses actes et de réparer les torts qu’il a

community, all the while living in the community under tight controls.

Moreover, the conditional sentence is not subject to reduction through parole. This would seem to follow from s. 112(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, which gives the provincial parole board jurisdiction in respect of the parole of offenders “serving sentences of imprisonment in provincial correctional facilities” (*R. v. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (Ont. C.A.), at p. 33).

I would add that the fact that a conditional sentence cannot be reduced through parole does not in itself lead to the conclusion that as a general matter a conditional sentence is as onerous as or even more onerous than a jail term of equivalent duration. There is no parole simply because the offender is never actually incarcerated and he or she does not need to be reintegrated into society. But even when an offender is released from custody on parole, the original sentence continues in force. As I stated in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 62:

In short, the history, structure and existing practice of the conditional release system collectively indicate that a grant of parole represents a change in the conditions under which a judicial sentence must be served, rather than a reduction of the judicial sentence itself. . . . But even though the conditions of incarceration are subject to change through a grant of parole to the offender’s benefit, the offender’s sentence continues in full effect. The offender remains under the strict control of the parole system, and the offender’s liberty remains significantly curtailed for the full duration of the offender’s numerical or life sentence. [Emphasis in original.]

The parolee has to serve the final portion of his or her sentence under conditions similar to those that can be imposed under a conditional sentence, perhaps even under stricter conditions, as the parolee

causés à la victime et à la collectivité, tout en vivant au sein de celle-ci et en étant assujéti à des mesures de contrôle serrées.

En outre, l’emprisonnement avec sursis n’ouvre droit à aucune réduction de peine par voie de libération conditionnelle. C’est ce qui semble découler du par. 112(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, qui donne compétence à la commission provinciale des libérations conditionnelles à l’égard des délinquants «qui purgent une peine d’emprisonnement dans un établissement correctionnel provincial» (*R. c. Wismayer* (1997), 115 C.C.C. (3d) 18 (C.A. Ont.), à la p. 33).

J’ajouterais que fait que la durée d’application d’une ordonnance d’emprisonnement avec sursis ne puisse être écourtée par une libération conditionnelle ne permet pas en soi de conclure que, de manière générale, cette peine est aussi sévère, voire plus sévère qu’un emprisonnement de durée équivalente. S’il n’y a pas ouverture à libération conditionnelle, c’est tout simplement parce que le délinquant n’est jamais incarcéré et qu’il n’est par conséquent pas nécessaire de le réinsérer dans la société. En outre, même lorsqu’un délinquant est mis en liberté sous condition, la peine initiale continue de s’appliquer. Comme je l’ai expliqué dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 62:

Bref, l’histoire, la structure et les pratiques actuelles du système de liberté sous condition indiquent collectivement que l’octroi de la libération conditionnelle représente une modification des conditions aux termes desquelles la peine imposée par le tribunal doit être purgée plutôt qu’une réduction de la peine elle-même. [. . .] Toutefois, même si les conditions d’incarcération sont susceptibles de changer par l’octroi d’une libération conditionnelle au délinquant, sa peine reste pleinement en vigueur. Le délinquant reste assujéti à la surveillance stricte du système de libération conditionnelle, et sa liberté continue d’être considérablement restreinte pendant toute la durée de sa peine d’emprisonnement chiffrée ou de sa peine d’emprisonnement à perpétuité. [Souligné dans l’original.]

Le délinquant qui bénéficie d’une libération conditionnelle doit purger la dernière partie de sa peine sous des conditions similaires à celles imposées dans le cadre d’un emprisonnement avec sursis, et

42

43

can be assigned to a “community-based residential facility”: see s. 133 of the *Corrections and Conditional Release Act* and s. 161 of the *Corrections and Conditional Release Regulations*, SOR/92-620.

44 In light of these observations, a conditional sentence, even with stringent conditions, will usually be a more lenient sentence than a jail term of equivalent duration: see also *Gagnon v. La Reine*, [1998] R.J.Q. 2636 (C.A.), at p. 2645; *Brady*, *supra*, at paras. 36 and 48 to 50. The fact that incarceration is a threatened punishment for those who breach their conditions provides further support for this conclusion. In order for incarceration to serve as a punishment for breach of a conditional sentence, logically it must be more onerous than a conditional sentence.

C. Application of Section 742.1 of the Criminal Code

45 For convenience, I will reproduce here s. 742.1:

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

qui peuvent même être plus rigoureuses encore, dans la mesure où il peut lui être ordonné de demeurer dans un «établissement résidentiel communautaire»: voir l'art. 133 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, et l'art. 161 du *Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, DORS/92-620.

À la lumière de ces observations, une ordonnance d'emprisonnement avec sursis, même assortie de conditions rigoureuses, est généralement une peine plus clémentaire qu'un emprisonnement de même durée: voir également *Gagnon c. La Reine*, [1998] R.J.Q. 2636 (C.A.), à la p. 2645; *Brady*, précité, aux par. 36, 48, 49 et 50. Le fait que la menace d'incarcération pèse sur les délinquants qui manquent aux conditions de leur ordonnance de sursis à l'emprisonnement vient étayer davantage cette conclusion. Pour que l'incarcération puisse constituer une sanction en cas de manquement à une ordonnance d'emprisonnement avec sursis, il faut logiquement que l'incarcération soit une peine plus sévère.

C. Application de l'art. 742.1 du Code criminel

Par souci de commodité, je reproduis à nouveau le texte de l'art. 742.1:

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

This provision lists four criteria that a court must consider before deciding to impose a conditional sentence:

- (1) the offender must be convicted of an offence that is not punishable by a minimum term of imprisonment;
- (2) the court must impose a term of imprisonment of less than two years;
- (3) the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community; and
- (4) a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2.

In my view, the first three criteria are prerequisites to any conditional sentence. These prerequisites answer the question of whether or not a conditional sentence is possible in the circumstances. Once they are met, the next question is whether a conditional sentence is appropriate. This decision turns upon a consideration of the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. I will discuss each of these elements in turn.

(1) The Offender Must be Convicted of an Offence That Is Not Punishable by a Minimum Term of Imprisonment

This prerequisite is straightforward. The offence for which the offender was convicted must not be punishable by a minimum term of imprisonment. Offences with a minimum term of imprisonment are the only statutory exclusions from the conditional sentencing regime.

(2) The Court Must Impose a Term of Imprisonment of Less than Two Years

Parliament intended that a conditional sentence be considered only for those offenders who would

Cette disposition énumère quatre critères que le tribunal doit prendre en compte avant d'infliger une condamnation à l'emprisonnement avec sursis:

- (1) le délinquant doit être déclaré coupable d'une infraction autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue;
- (2) le tribunal doit infliger au délinquant une peine d'emprisonnement de moins de deux ans;
- (3) le fait que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci;
- (4) le prononcé d'une ordonnance d'emprisonnement avec sursis est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2.

À mon avis, les trois premiers critères sont des préalables au prononcé de toute condamnation à l'emprisonnement avec sursis. La présence de ces préalables répond à la question de savoir si une telle peine peut être infligée dans les circonstances. Lorsque ces conditions sont réunies, il faut ensuite se demander si l'emprisonnement avec sursis est la sanction appropriée. Pour répondre à cette question, il faut prendre en compte l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2. Je vais maintenant examiner chacun de ces éléments à tour de rôle.

(1) Le délinquant doit être déclaré coupable d'une infraction autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue

Ce préalable est clair. L'infraction dont le délinquant est déclaré coupable ne doit pas être une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue. Ces infractions sont les seules que la loi exclut du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement.

(2) Le tribunal doit infliger au délinquant une peine d'emprisonnement de moins de deux ans

Le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis ne soit envisagé qu'à l'égard des délin-

46

47

48

49

have otherwise received a sentence of imprisonment of less than two years. There is some controversy as to whether this means that the judge must actually impose a term of imprisonment of a fixed duration before considering the possibility of a conditional sentence. Far from addressing purely methodological concerns, this question carries implications as to the role of ss. 718 to 718.2 in the determination of the appropriate sentence, the duration of the sentence, its venue and other modalities.

quants qui, autrement, seraient emprisonnés pendant des périodes de moins de deux ans. Il existe une certaine controverse relativement à la question de savoir si cela veut dire que le juge doit dans les faits infliger un emprisonnement d'une durée déterminée avant d'envisager la possibilité d'accorder le sursis pour cette période. Loin d'être un simple problème méthodologique, cette question a des implications quant au rôle des art. 718 à 718.2 dans la détermination de la peine appropriée, la durée de cette peine, l'endroit où elle sera purgée et ses autres modalités d'exécution.

50 A literal reading of s. 742.1(a) suggests that the decision to impose a conditional sentence should be made in two distinct stages. In the first stage, the judge would have to decide the appropriate sentence according to the general purposes and principles of sentencing (now set out in ss. 718 to 718.2). Having found that a term of imprisonment of less than two years is warranted, the judge would then, in a second stage, decide whether this same term should be served in the community pursuant to s. 742.1. At first sight, since Parliament said: "and the court (a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years", it seems that the sentencing judge must first impose a term of imprisonment of a fixed duration before contemplating the possibility that this term be served in the community.

Une interprétation littérale de l'art. 742.1 tend à indiquer que la décision de prononcer l'emprisonnement avec sursis devrait être prise en deux étapes distinctes. Premièrement, le tribunal devrait déterminer la peine appropriée en conformité avec les principes et les objectifs généraux de la détermination de la peine (maintenant énoncés aux art. 718 à 718.2). Deuxièmement, lorsqu'il a jugé qu'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans est justifiée, le tribunal devrait décider si cette peine doit être purgée au sein de la collectivité conformément à l'art. 742.1. À première vue, comme le législateur a dit: «Lorsqu'une personne est déclarée coupable [...] et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut», il semble que le tribunal doive tout d'abord infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée avant d'envisager la possibilité qu'elle soit purgée au sein de la collectivité.

51 This two-step approach was endorsed by the Manitoba Court of Appeal in the present appeal. However, this literal reading of s. 742.1 and the two-step approach it implies introduce a rigidity which is both unworkable and undesirable in practice.

La Cour d'appel du Manitoba a souscrit à cette démarche en deux étapes dans la présente affaire. Toutefois, cette interprétation littérale de l'art. 742.1 et la démarche en deux étapes qu'elle implique amènent une rigidité qui n'est ni souhaitable ni applicable en pratique.

(a) *Duration and Venue Cannot Be Separated*

a) *Impossibilité de dissocier la durée de la peine de l'endroit où celle-ci est purgée*

52 This two-step process does not correspond to the reality of sentencing. In practice, the determination of a term of imprisonment is necessarily intertwined with the decision of where the offender will serve the sentence. A judge does not impose a fixed sentence of "x months" in the abstract, with-

Cette démarche en deux étapes ne correspond pas à la réalité de la détermination des peines. En pratique, la détermination de la durée d'une peine d'emprisonnement et la détermination du lieu où elle sera purgée par le délinquant sont inextricablement liées. Le juge n'inflige pas un emprisonne-

out having in mind where that sentence will be served (see *Brady, supra*, at para. 86; *R. v. Pierce* (1997), 114 C.C.C. (3d) 23 (Ont. C.A.), at p. 39; *R. v. Ursel* (1997), 96 B.C.A.C. 241, at p. 284 (*per* Ryan J.A.) and pp. 291-92 (*per* Rowles J.A.)). Furthermore, when a conditional sentence is chosen, its duration will depend on the type of conditions imposed. Therefore, the duration of the sentence should not be determined separately from the determination of its venue.

(b) “Penalogical Paradox”

There is a contradiction embedded in this rigid two-step process. After having applied ss. 718 to 718.2 in the first stage to conclude that the appropriate sentence is a term of imprisonment of a fixed duration (in all cases less than two years), the judge would then have to decide if serving the same sentence in the community is still consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2, as required by s. 742.1(b). It is unrealistic to believe that a judge would consider the objectives and principles twice or make a clear distinction in his or her mind between the application of ss. 718 to 718.2 in the first stage and in the second stage. Even if this could be done, it could lead to a “penalogical paradox”, as described by J. Gemmell in, “The New Conditional Sentencing Regime” (1997), 39 *Crim. L.Q.* 334, at p. 337:

... the judge must first determine that imprisonment is the only reasonable sanction in the circumstances then decide whether the offender should nevertheless serve that sentence in the community. The decision to impose a conditional sentence is almost a kind of *reductio ad absurdum* of the original decision that called for imprisonment. [Footnote omitted.]

This second step of the analytical process would effectively compromise the principles of sentencing that led to the imposition of a sentence of imprisonment in the first place. For instance, the principle of proportionality, set out in s. 718.1 as the fundamental principle of sentencing, directs

ment de «x mois» dans l’abstrait, sans se demander où cette peine sera purgée (voir *Brady*, précité, au par. 86; *R. c. Pierce* (1997), 114 C.C.C. 23 (C.A. Ont.), à la p. 39; *R. c. Ursel* (1997), 96 B.C.A.C. 241, à la p. 284 (le juge Ryan), aux pp. 291 et 292 (le juge Rowles)). De plus, lorsque le tribunal opte pour l’emprisonnement avec sursis, sa durée dépend du genre de conditions dont elle est assortie. La durée de la peine ne peut donc pas être déterminée indépendamment du lieu où celle-ci sera purgée.

b) *Le «paradoxe pénologique»*

Cette démarche rigide en deux étapes comporte une contradiction inhérente. Après avoir appliqué, à la première étape, les art. 718 à 718.2 et avoir déterminé que la peine appropriée est un emprisonnement d’une durée déterminée (de moins de deux ans dans tous les cas), le tribunal devrait ensuite décider si le fait que le délinquant purge la peine en question au sein de la collectivité est également conforme à l’objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2, comme l’exige l’art. 742.1. Il n’est pas réaliste de croire que le tribunal va examiner deux fois cet objectif et ces principes ou faire, dans son esprit, une nette distinction entre l’application des art. 718 à 718.2 à la première étape et à la seconde étape. D’ailleurs, même si c’était possible, cela conduirait au «paradoxe pénologique» décrit par J. Gemmell dans «The New Conditional Sentencing Regime» (1997), 39 *Crim. L.Q.* 334, à la p. 337:

[TRADUCTION] ... le tribunal doit tout d’abord déterminer si l’emprisonnement est la seule sanction justifiée dans les circonstances, puis décider si le délinquant devrait néanmoins purger cette sanction au sein de la collectivité. La décision de prononcer une condamnation à l’emprisonnement avec sursis constitue presque une sorte de *reductio ad absurdum* de la décision initiale qui commandait l’emprisonnement. [Note omise.]

Cette seconde étape de la démarche analytique aurait concrètement pour effet de compromettre l’application des principes de détermination de la peine faite initialement et qui a mené à l’infliction de la peine d’emprisonnement. Par exemple, le principe de la proportionnalité — principe fonda-

that all sentences must be proportional to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. When a judge — in the first stage decides that a term of imprisonment of “x months” is appropriate, it means that this sentence is proportional. If the sentencing judge decides — in the second stage — that the same term can be served in the community, it is possible that the sentence is no longer proportional to the gravity of the offence and the responsibility of the offender, since a conditional sentence will generally be more lenient than a jail term of equivalent duration. Thus, such a two-step approach introduces a rigidity in the sentencing process that could lead to an unfit sentence.

(c) *A Purposive Interpretation of Section 742.1(a)*

55

These problems can be addressed by a purposive interpretation of s. 742.1(a). For the reasons discussed above, the requirement that the court “imposes a sentence of imprisonment of less than two years” could not have been intended to impose on judges a rigid two-step process. Rather, it was included to identify the type of offenders who could be entitled to a conditional sentence. At one end of the range, Parliament denied the possibility of a conditional sentence for offenders who should receive a penitentiary term. At the other end, Parliament intended to ensure that offenders who were entitled to a more lenient community measure — such as a suspended sentence with probation — did not receive a conditional sentence, a harsher sanction in this legislative scheme.

56

Section 742.1(a), when read in conjunction with ss. 718.2(d) and 718.2(e), cautions sentencing judges against “widening the net” of the conditional sentencing regime by imposing conditional sentences on offenders who would otherwise have received a non-custodial disposition (*Gagnon*,

mental en matière de détermination de la peine énoncé à l’art. 718.1 — exige que la peine soit proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Lorsque, à la première étape, le tribunal détermine qu’une peine d’emprisonnement de «x mois» est justifiée, cela signifie que cette peine est proportionnelle. Si, à la seconde étape, il décide que la peine en question peut être purgée au sein de la collectivité, il est possible que la peine ne soit plus proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant, puisqu’une peine d’emprisonnement avec sursis est généralement une peine plus clémente qu’un emprisonnement de même durée. Par conséquent, une telle démarche en deux étapes donne au processus de détermination de la peine une rigidité qui pourrait entraîner l’infliction d’une peine inappropriée.

c) *Interprétation téléologique de l’art. 742.1*

Il est possible de remédier à ces problèmes en adoptant une interprétation téléologique de l’art. 742.1. Pour les raisons exposées précédemment, la condition que le délinquant soit «condamn[é] à un emprisonnement de moins de deux ans» ne peut avoir été prescrite dans le but d’imposer aux tribunaux le recours à une démarche rigide en deux étapes. Elle a plutôt été établie en vue d’indiquer le type de délinquants admissibles au sursis à l’emprisonnement. À une extrémité du spectre, le législateur a refusé le bénéfice de cette sanction aux délinquants qui devraient recevoir une peine d’emprisonnement dans un pénitencier. À l’autre extrémité du spectre, il a voulu faire en sorte que les délinquants admissibles à une sanction communautaire plus clémente — telle qu’un sursis au prononcé de la peine avec mise en probation — ne soient pas condamnés à l’emprisonnement avec sursis, sanction plus sévère dans le régime législatif.

Conjugué aux al. 718.2d) et e), l’art. 742.1 met les tribunaux en garde contre l’«extension de l’application» du régime d’emprisonnement avec sursis aux délinquants qui n’auraient autrement pas été emprisonnés (*Gagnon*, précité, à la p. 2645; *McDonald*, précité, aux pp. 437 à 439). Comme le

supra, at p. 2645; *McDonald*, *supra*, at pp. 437-39). As Rosenberg J.A. puts it in *Wismayer*, *supra*, at p. 42:

Parliament's goal of reducing the prison population of non-violent offenders and increased use of community sanctions will be frustrated if the courts refuse to use the conditional sentence order for offences that normally attract a jail sentence and resort to the conditional sentence only for offences that previously would have attracted non-custodial dispositions.

Erroneously imposing conditional sentences could undermine Parliament's objective of reducing incarceration for less serious offenders.

These concerns are illustrated by the English experience with a similar sentence called a "suspended sentence". As Parker L.C.J. explained, writing for the Court of Appeal (Criminal Division) in *R. v. O'Keefe* (1968), 53 Cr. App. R. 91, at pp. 94-95:

This Court would like to say as emphatically as they can that suspended sentences should not be given when, but for the power to give a suspended sentence, a probation order was the proper order to make. After all, a suspended sentence is a sentence of imprisonment. . . .

Therefore, it seems to the Court that before one gets to a suspended sentence at all, a court must go through the process of eliminating other possible courses such as absolute discharge, conditional discharge, probation order, fine, and then say to itself: this is a case for imprisonment, and the final question, it being a case for imprisonment: is immediate imprisonment required, or can I give a suspended sentence?

A similar approach should be used by Canadian courts. Hence, a purposive interpretation of s. 742.1(a) does not dictate a rigid two-step approach in which the judge would first have to impose a term of imprisonment of a fixed duration and then decide if that fixed term of imprisonment can be

dit le juge Rosenberg, dans *Wismayer*, précité, à la p. 42:

[TRADUCTION] L'objectif du législateur de réduire le nombre de délinquants non violents détenus en prison et d'accroître le recours aux sanctions communautaires sera contré si les tribunaux refusent de rendre des ordonnances d'emprisonnement avec sursis à l'égard des infractions qui donnent lieu normalement à des peines d'emprisonnement et n'y recourent que pour les infractions jusqu'ici sanctionnées par des mesures autres que l'emprisonnement.

La réalisation de l'objectif du législateur qui est de réduire le recours à l'emprisonnement pour les délinquants non dangereux pourrait être compromise si des ordonnances de sursis à l'emprisonnement étaient prononcées à tort.

L'expérience des tribunaux anglais dans l'application d'une peine semblable, appelée «*suspended sentence*» («*conditional sentence*» au Canada), illustre bien les préoccupations susmentionnées. Comme l'a expliqué le lord juge en chef Parker, au nom de la Cour d'appel (Division criminelle), dans *R. c. O'Keefe* (1968), 53 Cr. App. R. 91, aux pp. 94 et 95:

[TRADUCTION] Notre Cour tient à préciser, aussi catégoriquement que possible, qu'une condamnation avec sursis ne doit pas être prononcée lorsque, n'eût été le pouvoir d'infliger cette peine, une ordonnance de probation aurait été la décision appropriée. Après tout, la condamnation avec sursis est une peine d'emprisonnement . . .

Notre Cour estime donc que, avant de prononcer une condamnation avec sursis, le tribunal doit écarter toute autre sanction possible, comme l'absolution inconditionnelle, l'absolution sous condition, l'ordonnance de probation et l'amende, puis se demander s'il s'agit d'un cas commandant l'emprisonnement et, dans l'affirmative, s'il doit y avoir emprisonnement immédiat ou s'il est possible d'y surseoir?

Les tribunaux canadiens devraient suivre une démarche analogue. Partant, l'interprétation téléologique de l'art. 742.1 ne commande pas le recours à une démarche rigide en deux étapes dans le cadre de laquelle le tribunal devrait d'abord infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée

57

58

served in the community. In my view, the requirement that the court must impose a sentence of imprisonment of less than two years can be fulfilled by a preliminary determination of the appropriate range of available sentences. Thus, the approach I suggest still requires the judge to proceed in two stages. However, the judge need not impose a term of imprisonment of a fixed duration at the first stage of the analysis. Rather, at this stage, the judge simply has to exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. If either of these sentences is appropriate, then a conditional sentence should not be imposed.

59 In making this preliminary determination, the judge need only consider the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 to the extent necessary to narrow the range of sentence for the offender. The submissions of the parties, although not binding, may prove helpful in this regard. For example, both parties may agree that the appropriate range of sentence is a term of imprisonment of less than two years.

60 Once that preliminary determination is made, and assuming the other statutory prerequisites are met, the judge should then proceed to the second stage of the analysis: determining whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. Unlike the first stage, the principles of sentencing are now considered comprehensively. Further, it is at the second stage that the duration and venue of the sentence should be determined, and, if a conditional sentence, the conditions to be imposed.

61 This purposive interpretation of s. 742.1(a) avoids the pitfalls of the literal interpretation discussed above, while at all times taking into

puis décider si cette peine même peut être purgée au sein de la collectivité. À mon avis, le tribunal peut s'acquitter de l'obligation qui lui est faite de condamner le délinquant à un emprisonnement de moins de deux ans en déterminant de façon préliminaire la fourchette des peines applicables. En conséquence, suivant la démarche que je propose, le juge doit encore accomplir deux étapes. Toutefois, il n'a pas à infliger une peine d'emprisonnement d'une durée déterminée à la première étape de l'analyse. À ce stade, le tribunal n'a simplement qu'à déterminer s'il y a lieu d'écarter deux possibilités: a) les mesures probatoires, et b) l'emprisonnement dans un pénitencier. Si l'une ou l'autre de ces sanctions est appropriée, l'emprisonnement avec sursis ne devrait pas être prononcé.

Pour rendre cette décision préliminaire, il suffit au tribunal de prendre en compte l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2, dans la mesure nécessaire pour délimiter la fourchette des peines applicables au délinquant. Quoiqu'elles ne lient pas le tribunal, les observations des parties peuvent s'avérer utiles à cet égard. Par exemple, les deux parties peuvent convenir que la peine appropriée est l'emprisonnement pour une période de moins de deux ans.

Une fois qu'il a pris cette décision préliminaire, et en supposant que tous les autres préalables prévus par la loi sont réunis, le tribunal passe alors à la seconde étape de l'analyse et se demande si le prononcé d'une condamnation à l'emprisonnement avec sursis est conforme à l'objectif essentiel et aux principes visés aux art. 718 à 718.2. Contrairement à la première étape, les principes de détermination de la peine sont alors examinés de manière exhaustive. De plus, c'est au cours de cette seconde étape que le tribunal doit fixer la durée de la peine d'emprisonnement et l'endroit où elle sera purgée, et, s'il rend une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, la nature des conditions dont elle sera assortie.

L'interprétation téléologique de l'art. 742.1 permet d'éviter les écueils découlant de l'interprétation littérale dont nous avons parlé plus tôt, tout en

account the principles and objectives of sentencing. As I stressed in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 82.

In the final analysis, the overarching duty of a sentencing judge is to draw upon all the legitimate principles of sentencing to determine a “just and appropriate” sentence which reflects the gravity of the offence committed and the moral blameworthiness of the offender.

(3) The Safety of the Community Would Not Be Endangered by the Offender Serving the Sentence in the Community

This criterion, set out in s. 742.1(b), has generated wide discussion in courts and among authors. I intend to discuss the following issues:

(a) Is safety of the community a prerequisite to any conditional sentence?

(b) Does “safety of the community” refer only to the threat posed by the specific offender?

(c) How should courts evaluate danger to the community?

(d) Is risk of economic prejudice to be considered in assessing danger to the community?

(a) *A Prerequisite to Any Conditional Sentence*

As a prerequisite to any conditional sentence, the sentencing judge must be satisfied that having the offender serve the sentence in the community would not endanger its safety: see *Brady*, *supra*, at para. 58; *R. v. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410, 116 C.C.C. (3d) 361 (C.A.), at p. 368 C.C.C.; *Gagnon*, *supra*, at p. 2641; *Pierce*, *supra*, at p. 39; *Ursel*, *supra*, at pp. 284-86 (*per* Ryan J.A.). If the sentencing judge is not satisfied that the safety of the community can be preserved, a conditional sentence must never be imposed.

With respect, the Manitoba Court of Appeal in the case before us erred in concluding that safety

tenant compte constamment des principes et objectifs de la détermination de la peine. Comme je l’ai souligné dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 82:

En dernière analyse, le devoir général du juge qui inflige la peine est de faire appel à tous les principes légitimes de détermination afin de fixer une peine «juste et appropriée», qui reflète la gravité de l’infraction commise et la culpabilité morale du contrevenant.

(3) Le fait pour le délinquant de purger sa peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci

Ce critère, énoncé à l’art. 742.1, a suscité énormément de débats devant les tribunaux et au sein des auteurs. Je vais examiner les questions suivantes:

a) La sécurité de la collectivité est-elle une condition préalable au prononcé de toute condamnation à l’emprisonnement avec sursis?

b) La notion de «danger pour la sécurité de la collectivité» s’entend-elle uniquement de la menace que constitue le délinquant en cause?

c) Comment les tribunaux devraient-ils apprécier le danger pour la sécurité de la collectivité?

d) Les risques de préjudice pécuniaire doivent-ils être pris en considération dans l’appréciation du danger pour la sécurité de la collectivité?

a) *Un préalable au prononcé de toute condamnation à l’emprisonnement avec sursis*

Comme condition préalable au prononcé de toute condamnation à l’emprisonnement avec sursis, le tribunal doit être convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci: voir *Brady*, précité, au par. 58; *R. c. Maheu*, [1997] R.J.Q. 410, à la p. 415; *Gagnon*, précité, à la p. 2641; *Pierce*, précité, à la p. 39; *Ursel*, précité, aux pp. 284 à 286 (le juge Ryan). Le tribunal qui n’est pas convaincu que la sécurité de la collectivité peut être sauvegardée ne peut en aucun cas prononcer l’emprisonnement avec sursis.

En toute déférence, la Cour d’appel du Manitoba a eu tort, dans la présente affaire, de juger que la

62

63

64

of the community was the primary consideration in the decision to impose a conditional sentence. As the Alberta Court of Appeal in *Brady*, *supra*, at para. 58, stated:

So to suggest that danger is the primary consideration is tendentious. It wrongly implies that absence of danger trumps or has paramountcy over other sentencing principles. Either the offender meets the no-danger threshold, or he does not. If he does, this consideration is spent and the focus must then properly be on the other sentencing principles and objectives.

sécurité de la collectivité était le principal élément à prendre en considération pour décider de l'opportunité de prononcer l'emprisonnement avec sursis. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Alberta dans *Brady*, précité, au par. 58:

[TRADUCTION] Il est par conséquent tendancieux de prétendre que le danger pour la sécurité est le principal élément à prendre en considération. Cette proposition suppose à tort que l'absence de danger prime les autres principes de détermination de la peine. Soit que le délinquant satisfait au critère de l'absence de danger, soit qu'il n'y satisfait pas. S'il y satisfait, l'examen de ce facteur est terminé et il faut alors se pencher sur les autres principes et objectifs de la détermination de la peine.

65 I agree. It is only once the judge is satisfied that the safety of the community would not be endangered, in the sense explained in paras. 66 to 76 below, that he or she can examine whether a conditional sentence “would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2”. In other words, rather than being an overarching consideration in the process of determining whether a conditional sentence is appropriate, the criterion of safety of the community should be viewed as a condition precedent to the assessment of whether a conditional sentence would be a fit and proper sanction in the circumstances.

(b) *“Safety of the Community” Refers to the Threat Posed by the Specific Offender*

Je suis d'accord. Ce n'est que lorsque le tribunal est convaincu que la sécurité de la collectivité ne serait pas mise en danger — conformément aux explications données aux par. 66 à 76 qui suivent — qu'il peut se demander si le prononcé de l'emprisonnement avec sursis «est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2». En d'autres mots, le critère du danger pour la sécurité de la collectivité n'est pas le facteur prédominant pour décider s'il convient de prononcer l'emprisonnement avec sursis, mais il doit plutôt être considéré comme un préalable à l'examen de la question de savoir si cette peine est une sanction juste et appropriée dans les circonstances.

b) *La notion de «danger pour la sécurité de la collectivité» s'entend de la menace que constitue le délinquant en cause*

66 The issue here is whether “safety of the community” refers only to the threat posed by the specific offender or whether it also extends to the broader risk of undermining respect for the law. The proponents of the broader interpretation argue that, in certain cases where a conditional sentence could be imposed, it would be perceived that wrongdoers are receiving lenient sentences, thereby insufficiently deterring those who may be inclined to

La question qui se pose ici est de savoir si la notion de «danger pour la sécurité de la collectivité» s'entend uniquement de la menace posée par le délinquant en cause ou si elle s'entend également du risque plus général de menace au respect de la loi. Les tenants de l'interprétation plus extensive font valoir que, dans certains cas où l'emprisonnement avec sursis est une sanction qui peut être infligée, le fait de l'infliger pourrait donner l'impression que les délinquants reçoivent des peines clémentes et insuffisamment dissuasives pour les personnes qui pourraient être tentées de commettre des infractions similaires, situation qui

engage in similar acts of wrongdoing, and, in turn, endangering the safety of the community.

Leaving aside the fact that a properly crafted conditional sentence can also achieve the objectives of general deterrence and denunciation, I think the debate has been rendered largely academic in light of an amendment to s. 742.1(b) (S.C. 1997, c. 18, s. 107.1) which clarified that courts must take into consideration the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 in deciding whether to impose a conditional sentence. This ensures that objectives such as denunciation and deterrence will be dealt with in the decision to impose a conditional sentence. Since these factors will be taken into account later in the analysis, there is no need to include them in the consideration of the safety of the community.

In my view, the focus of the analysis at this point should clearly be on the risk posed by the individual offender while serving his sentence in the community. I would note that a majority of appellate courts have adopted an interpretation of the criterion referring only to the threat posed by the specific offender: see *Gagnon, supra*, at pp. 2640-41 (*per* Fish J.A.); *R. v. Parker* (1997), 116 C.C.C. (3d) 236 (N.S.C.A.), at pp. 247-48; *Ursel, supra*, at p. 260; *R. v. Horvath*, [1997] 8 W.W.R. 357 (Sask. C.A.), at p. 374; *Brady, supra*, at paras. 60-61; *Wismayer, supra*, at p. 44.

(c) *How Should Courts Evaluate Danger to the Community?*

In my opinion, to assess the danger to the community posed by the offender while serving his or her sentence in the community, two factors must be taken into account: (1) the risk of the offender re-offending; and (2) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. If the judge finds that there is a real risk of re-offence, incarceration should be imposed. Of course, there is always some risk that an offender may re-offend. If the judge thinks this risk is minimal, the gravity of the damage that could follow were the offender

à son tour mettrait en danger la sécurité de la collectivité.

Indépendamment du fait qu'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement bien conçue peut également servir les objectifs de dissuasion générale et de dénonciation, je crois que le débat est devenu en grande partie théorique depuis la modification qui a été apportée à l'art. 742.1 (L.C. 1997, ch. 18, art. 107.1), et qui a précisé que le tribunal doit prendre en considération l'objectif et les principes visés aux art. 718 à 718.2 pour décider de l'opportunité d'octroyer le sursis à l'emprisonnement. Cette modification garantit que les objectifs de dénonciation et de dissuasion sont alors pris en compte. Comme ces facteurs sont pris en considération plus tard dans l'analyse, il n'est pas nécessaire de les intégrer à l'examen de la question du danger pour la sécurité de la collectivité.

À mon avis, à ce stade de l'analyse, il faut clairement s'attacher à l'examen du risque que poserait le délinquant en cause s'il purgeait sa peine au sein de la collectivité. Je tiens à souligner que la majorité des cours d'appel ont jugé que ce critère visait uniquement la menace posée par le délinquant en cause: voir *Gagnon*, précité, aux pp. 2640 et 2641 (le juge Fish); *R. c. Parker* (1997), 116 C.C.C. (3d) 236 (C.A.N.-É.), aux pp. 247 et 248; *Ursel*, précité, à la p. 260; *R. c. Horvath*, [1997] 8 W.W.R. 357 (C.A. Sask.), à la p. 374; *Brady*, précité, aux par. 60 et 61; *Wismayer*, précité, à la p. 44.

c) *Comment les tribunaux devraient-ils apprécier le danger pour la sécurité de la collectivité?*

À mon avis, pour apprécier le risque que le délinquant poserait pour la collectivité s'il purgeait sa peine au sein de celle-ci, deux facteurs doivent être pris en compte: (1) le risque que le délinquant récidive; (2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. Si le tribunal conclut que le risque de récidive est réel, le délinquant doit être incarcéré. Il est évident qu'il y a toujours un certain risque que le délinquant récidive. Si le tribunal estime que ce risque est minime, la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive doit

67

68

69

to re-offend should also be taken into consideration. In certain cases, the minimal risk of re-offending will be offset by the possibility of a great prejudice, thereby precluding a conditional sentence.

(i) Risk of Re-offence

70

A variety of factors will be relevant in assessing the risk of re-offence. In *Brady, supra*, at paras. 117-27, Fraser C.J.A. suggested that consideration be given to whether the offender has previously complied with court orders and, more generally, to whether the offender has a criminal record that suggests that the offender will not abide by the conditional sentence. Rousseau-Houle J.A. in *Maheu, supra*, at p. 374 C.C.C. enumerated additional factors which may be of relevance:

[TRANSLATION] . . . 1) the nature of the offence, 2) the relevant circumstances of the offence, which can put in issue prior and subsequent incidents, 3) the degree of participation of the accused, 4) the relationship of the accused with the victim, 5) the profile of the accused, that is, his [or her] occupation, lifestyle, criminal record, family situation, mental state, 6) his [or her] conduct following the commission of the offence, 7) the danger which the interim release of the accused represents for the community, notably that part of the community affected by the matter.

71

This list is instructive, but should not be considered exhaustive. The risk that a particular offender poses to the community must be assessed in each case, on its own facts. Moreover, the factors outlined above should not be applied mechanically. As Fraser C.J.A. held in *Brady, supra*, at para. 124:

Forgetting a court date once ten years ago does not automatically bar an offender from any future conditional sentence. Nor does turning up for his trial guarantee an offender a conditional sentence. The sentencing judge must of course look at all aspects of these previous disobediences of courts. That includes frequency, age,

également être prise en considération. Dans certains cas, quoique le risque de récidive soit minime, la possibilité d'un préjudice considérable aura pour effet de faire obstacle au prononcé de l'emprisonnement avec sursis.

(i) Risque de récidive

Divers facteurs sont pertinents pour évaluer le risque de récidive. Dans *Brady*, précité, aux par. 117 à 127, le juge en chef Fraser de la Cour d'appel de l'Alberta suggère de vérifier si le délinquant a respecté les ordonnances des tribunaux dans le passé et, de manière plus générale, s'il a des antécédents judiciaires tendant à indiquer qu'il ne respectera pas les conditions de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Dans *Maheu*, précité, à la p. 418, Madame le juge Rousseau-Houle a énuméré certains autres facteurs qui pourraient être pertinents:

. . . 1) la nature de l'infraction, 2) les circonstances pertinentes de celle-ci, ce qui peut mettre en cause les événements antérieurs et postérieurs, 3) le degré de participation de l'inculpé, 4) la relation de l'inculpé avec la victime, 5) le profil de l'inculpé, c'est-à-dire son occupation, son mode de vie, ses antécédents judiciaires, son milieu familial, son état mental, 6) sa conduite postérieurement à la commission de l'infraction, 7) le danger que représente pour la communauté particulièrement visée par l'affaire, la mise en liberté de l'inculpé.

Cette liste est fort utile, mais elle ne doit pas être considérée comme exhaustive. Le risque que pose un délinquant donné pour la collectivité doit être apprécié au cas par cas, selon les faits propres à chaque affaire. De plus, les facteurs énumérés précédemment ne devraient pas être appliqués de façon mécanique. Comme a conclu le juge en chef Fraser dans *Brady*, précité, au par. 124:

[TRADUCTION] Le fait qu'un délinquant a oublié de comparaître devant le tribunal une fois il y a dix ans ne le rend pas d'office inadmissible à l'octroi du sursis à l'emprisonnement. Le simple fait de se présenter à son procès ne garantit pas non plus au délinquant l'obtention du sursis. Le tribunal doit évidemment tenir compte de tous les aspects des manquements antérieurs aux ordonnances des tribunaux, notamment la fréquence des man-

maturity, recency, seriousness of disobedience and surrounding circumstances.

The risk of re-offence should also be assessed in light of the conditions attached to the sentence. Where an offender might pose some risk of endangering the safety of the community, it is possible that this risk be reduced to a minimal one by the imposition of appropriate conditions to the sentence: see *Wismayer, supra*, at p. 32; *Brady, supra*, at para. 62; *Maheu, supra*, at p. 374 C.C.C. Indeed, this is contemplated by s. 742.3(2)(f), which allows the court to include as optional conditions “such other reasonable conditions as the court considers desirable . . . for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences”. For example, a judge may wish to impose a conditional sentence with a treatment order on an offender with a drug addiction, notwithstanding the fact that the offender has a lengthy criminal record linked to this addiction, provided the judge is confident that there is a good chance of rehabilitation and that the level of supervision will be sufficient to ensure that the offender complies with the sentence.

This last point concerning the level of supervision in the community must be underscored. As the Alberta Court of Appeal stressed in *Brady, supra*, at para. 135:

A conditional sentence drafted in the abstract without knowledge of what actual supervision and institutions and programs are available and suitable for this offender is often worse than tokenism: it is a sham.

Hence, the judge must know or be made aware of the supervision available in the community by the

quements, l'âge et la maturité du délinquant, le temps écoulé depuis les derniers manquements, leur gravité et leurs circonstances.

Le risque de récidive devrait aussi être apprécié à la lumière des conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement. Dans les cas où il y a un certain risque que le délinquant puisse mettre en danger la sécurité de la collectivité, il est possible de réduire ce risque au minimum en assortissant l'ordonnance de conditions appropriées: voir *Wismayer*, précité, à la p. 32; *Brady*, précité, au par. 62; *Maheu*, précité, à la p. 418. De fait, une telle mesure est envisagée par l'al. 742.3(2)f, qui habilite le tribunal à imposer au délinquant l'obligation d'observer «telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables [. . .] pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions». Par exemple, il est possible que le tribunal veuille prononcer, à l'endroit d'un délinquant souffrant d'une dépendance à la drogue, une condamnation à l'emprisonnement avec sursis assortie d'une ordonnance de participation à un programme de traitement, malgré le fait que le délinquant possède de nombreux antécédents judiciaires liés à cette dépendance, dans la mesure toutefois où il estime que les chances de réadaptation sont bonnes et que le degré de surveillance sera suffisant pour assurer l'observation par le délinquant des conditions de son ordonnance de sursis à l'emprisonnement.

Il convient d'insister sur l'observation qui précède en ce qui a trait au degré de surveillance au sein de la collectivité. Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Alberta dans *Brady*, précité, au par. 135:

[TRADUCTION] Une ordonnance de sursis à l'emprisonnement rédigée dans l'abstrait, sans savoir quelles sont les ressources — mesures concrètes de surveillance, établissements et programmes — disponibles et si elles conviennent dans le cas du délinquant concerné est souvent pire qu'une peine symbolique: elle n'est qu'une mascarade.

Par conséquent, le tribunal doit être au fait des mesures de surveillance existantes au sein de la

72

73

supervision officer or by counsel. If the level of supervision available in the community is not sufficient to ensure safety of the community, the judge should impose a sentence of incarceration.

(ii) Gravity of the Damage in the Event of Re-offence

74

Once the judge finds that the risk of recidivism is minimal, the second factor to consider is the gravity of the potential damage in case of re-offence. Particularly in the case of violent offenders, a small risk of very harmful future crime may well warrant a conclusion that the prerequisite is not met: see *Brady, supra*, at para. 63.

(d) *Risk of Economic Harm Can Be Taken Into Consideration*

75

The meaning of the phrase “would not endanger the safety of the community” should not be restricted to a consideration of the danger to physical or psychological safety of persons. In my view, this part of s. 742.1(b) cannot be given this narrow meaning. As Finch J.A. stated in *Ursel, supra*, at p. 264 (dissenting in part but endorsed by the majority on this issue, at p. 287):

I would not give to this phrase the restricted meaning for which the defence contends. Members of our community have a reasonable expectation of safety not only in respect of their persons, but in respect as well of their property and financial resources. When homes are broken into, motor-vehicles are stolen, employers are defrauded of monies, or financial papers are forged, the safety of the community is, in my view endangered. We go to considerable lengths to protect and secure ourselves against the losses that may result from these sorts of crimes, and I think most ordinary citizens would regard themselves as threatened or endangered where their property or financial resources are exposed to the risk of loss.

collectivité ou en être informé par l’agent de surveillance ou par les avocats. Dans les cas où le degré de surveillance exercée au sein de la collectivité n’est pas suffisant pour assurer la sécurité de celle-ci, le tribunal devrait ordonner l’incarcération.

(ii) Gravité du préjudice susceptible d’être causé en cas de récidive

Une fois que le tribunal a conclu que le risque de récidive est minime, le deuxième facteur qu’il doit prendre en considération est la gravité du préjudice susceptible d’être causé par une récidive. Dans le cas des délinquants violents en particulier, un risque minime de perpétration d’un crime aux conséquences très graves peut fort bien justifier la conclusion que le préalable concernant la sécurité de la collectivité n’est pas satisfait: *Brady*, précité, au par. 63.

d) *Les risques de préjudice pécuniaire peuvent être pris en considération*

L’expression «ne met pas en danger la sécurité de [la collectivité]» ne devrait pas s’entendre uniquement des risques d’atteinte à l’intégrité physique ou psychologique de la personne. À mon avis, ce passage de l’art. 742.1 ne saurait recevoir cette interprétation étroite. Comme l’a mentionné le juge Finch dans *Ursel*, précité, à la p. 264 (dans ses motifs de dissidence, auxquels la majorité a toutefois souscrit sur ce point, à la p. 287):

[TRADUCTION] Je ne donnerais pas à ce passage le sens restreint avancé par la défense. Les membres de notre collectivité ont des attentes raisonnables non seulement quant à la sécurité de leur personne, mais aussi quant à la sécurité de leurs biens et de leurs ressources financières. Lorsqu’on entre par effraction dans les demeures, qu’on vole des véhicules, qu’on détourne les fonds d’un employeur ou qu’on contrefait des documents financiers, la sécurité de la collectivité est à mon avis mise en danger. Nous déployons des efforts considérables pour nous prémunir contre les pertes susceptibles de découler de tels crimes, et je crois que, pour la plupart, les citoyens ordinaires se sentent menacés ou en danger lorsque leurs biens ou leurs ressources financières sont exposés à un risque de perte.

I agree with this reasoning. The phrase “would not endanger the safety of the community” should be construed broadly, and include the risk of any criminal activity. Such a broad interpretation encompasses the risk of economic harm.

(4) Consistent with the Fundamental Purpose and Principles of Sentencing Set Out in Sections 718 to 718.2

Once the sentencing judge has found the offender guilty of an offence for which there is no minimum term of imprisonment, has rejected both a probationary sentence and a penitentiary term as inappropriate, and is satisfied that the offender would not endanger the community, the judge must then consider whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2.

A consideration of the principles set out in ss. 718 to 718.2 will determine whether the offender should serve his or her sentence in the community or in jail. The sentencing principles also inform the determination of the duration of these sentences and, if a conditional sentence, the nature of the conditions to be imposed.

(a) *Offences Presumptively Excluded from the Conditional Sentencing Regime?*

Section 742.1 does not exclude any offences from the conditional sentencing regime except those with a minimum term of imprisonment. Parliament could have easily excluded specific offences in addition to those with a mandatory minimum term of imprisonment but chose not to. As Rosenberg J.A. held in *Wismayer, supra*, at p. 31:

Parliament clearly envisaged that a conditional sentence would be available even in cases of crimes of violence

Je souscris à ce raisonnement. Les mots «ne met pas en danger la sécurité de [la collectivité]» devraient être interprétés largement, et ils visent les risques créés par toute activité criminelle. Cette interprétation large englobe les risques de préjudice pécuniaire.

(4) Conformité avec l'objectif et les principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2

Lorsque le tribunal a déclaré le délinquant coupable d'une infraction pour laquelle aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue, qu'il a jugé que ni une mesure probatoire ni l'emprisonnement dans un pénitencier n'étaient des sanctions appropriées et qu'il est convaincu que le délinquant ne mettrait pas la sécurité de la collectivité en danger s'il y purgeait sa peine, il doit ensuite se demander si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2.

L'examen des principes visés aux art. 718 à 718.2 permet de déterminer s'il y a lieu que le délinquant purge sa peine au sein de la collectivité ou en prison. Ces principes guident également le tribunal dans la détermination de la durée de la peine dans l'un ou l'autre cas et, lorsqu'il s'agit d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, dans la détermination de la nature des conditions dont elle sera assortie.

a) *Y a-t-il une présomption d'exclusion de l'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement à l'égard de certaines infractions?*

L'article 742.1 n'exclut du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement aucune infraction autre que celles pour lesquelles une peine minimale d'emprisonnement est prévue. Le législateur aurait pu facilement exclure certaines autres infractions, mais il a choisi de ne pas le faire. Comme a conclu le juge Rosenberg dans *Wismayer*, précité, à la p. 31:

[TRADUCTION] Le législateur a clairement voulu qu'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement puisse être

76

77

78

79

that are not punishable by a minimum term of imprisonment. Thus, s. 742.2 requires the court, before imposing a conditional sentence, to consider whether a firearms prohibition under s. 100 of the *Criminal Code* is applicable. Such orders may only be imposed for indictable offences having a maximum sentence of ten years or more “in the commission of which violence against a person is used, threatened, or attempted” (s. 100(1)) and for certain weapons and drug offences (s. 100(2)).

Thus, a conditional sentence is available in principle for all offences in which the statutory prerequisites are satisfied.

80

Several parties in the appeals before us argued that the fundamental purpose and principles of sentencing support a presumption against conditional sentences for certain offences. The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario submitted that a conditional sentence would rarely be appropriate for offences such as: sexual offences against children; aggravated sexual assault; manslaughter; serious fraud or theft; serious morality offences; impaired or dangerous driving causing death or bodily harm; and trafficking or possession of certain narcotics. They submitted that this followed from the principle of proportionality as well as from a consideration of the objectives of denunciation and deterrence. A number of appellate court decisions support this position.

81

In my view, while the gravity of such offences is clearly relevant to determining whether a conditional sentence is appropriate in the circumstances, it would be both unwise and unnecessary to establish judicially created presumptions that conditional sentences are inappropriate for specific offences. Offence-specific presumptions introduce unwarranted rigidity in the determination of whether a conditional sentence is a just and appropriate sanction. Such presumptions do not accord

prononcée même dans le cas des crimes violents pour lesquels aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue. Ainsi, suivant l'article 742.2, le tribunal doit, avant d'octroyer le sursis, déterminer si l'ordonnance d'interdiction prévue à l'art. 100 du *Code criminel* en matière d'armes à feu s'applique. Une telle ordonnance ne peut être rendue qu'à l'égard d'un acte criminel punissable d'une peine maximale d'emprisonnement égale ou supérieure à dix ans et «perpétré avec usage, tentative ou menace de violence contre la personne» (par. 100(1)) et de certaines infractions relatives aux armes à feu et à la drogue (par. 100(2)).

En conséquence, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement peut, en principe, être rendue à l'égard de toute infraction pour laquelle les préalables prévus par la loi sont réunis.

Plusieurs parties aux pourvois dont nous sommes saisis ont plaidé que l'objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine étayaient l'existence d'une présomption d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions. Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario ont soutenu que le sursis à l'emprisonnement sera rarement la sanction appropriée pour certaines infractions telles que les infractions d'ordre sexuel commises contre des enfants, les agressions sexuelles graves, l'homicide involontaire coupable, les fraudes ou vols graves, les actes graves contraires aux bonnes mœurs, la conduite dangereuse ou la conduite avec les facultés affaiblies causant la mort ou des lésions corporelles et le trafic ou la possession de certains stupéfiants. Ils ont affirmé que cette conclusion découle du principe de la proportionnalité des peines et de la prise en compte des objectifs de dénonciation et de dissuasion. Plusieurs arrêts émanant de cours d'appel appuient cette thèse.

À mon avis, bien que la gravité de ces infractions soit clairement pertinente pour déterminer si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est justifié dans les circonstances d'une affaire donnée, il serait à la fois inutile et peu avisé que les tribunaux créent des présomptions d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions. Des présomptions propres à certaines infractions introduisent une rigidité injustifiée dans l'examen de la question de savoir si le sursis à l'emprisonnement

with the principle of proportionality set out in s. 718.1 and the value of individualization in sentencing, nor are they necessary to achieve the important objectives of uniformity and consistency in the use of conditional sentences.

This Court has held on a number of occasions that sentencing is an individualized process, in which the trial judge has considerable discretion in fashioning a fit sentence. The rationale behind this approach stems from the principle of proportionality, the fundamental principle of sentencing, which provides that a sentence must be proportional to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. Proportionality requires an examination of the specific circumstances of both the offender and the offence so that the “punishment fits the crime”. As a by-product of such an individualized approach, there will be inevitable variation in sentences imposed for particular crimes. In *M. (C.A.)*, *supra*, I stated, at para. 92:

It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime. . . . Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions in this country, as the “just and appropriate” mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred.

My difficulty with the suggestion that the proportionality principle presumptively excludes certain offences from the conditional sentencing regime is that such an approach focuses inordinately on the gravity of the offence and insufficiently on the moral blameworthiness of the offender. This fundamentally misconstrues the

est une sanction juste et appropriée. De telles présomptions sont incompatibles avec le principe de proportionnalité énoncé à l’art. 718.1 ainsi qu’avec la valeur accordée à l’individualisation de la peine, et elles ne sont pas non plus nécessaires pour réaliser les objectifs importants que sont l’uniformité et la cohérence dans le recours à l’emprisonnement avec sursis.

Notre Cour a statué à maintes reprises que la détermination de la peine est un processus individualisé, dans le cadre duquel le juge du procès dispose d’un pouvoir discrétionnaire considérable pour déterminer la peine appropriée. La justification de cette approche individualisée réside dans le principe de proportionnalité, principe fondamental de détermination de la peine suivant lequel la peine doit être proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant. Afin que «la peine corresponde au crime», le principe de proportionnalité commande l’examen de la situation particulière du délinquant et des circonstances particulières de l’infraction. La conséquence de l’application d’une telle démarche individualisée est qu’il existera inévitablement des écarts entre les peines prononcées pour des crimes donnés. Dans *M. (C.A.)*, précité, j’ai dit ceci, au par. 92:

On a à maintes reprises souligné qu’il n’existe pas de peine uniforme pour un crime donné. [. . .] La détermination de la peine est un processus intrinsèquement individualisé, et la recherche d’une peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique. De même, il faut s’attendre que les peines infligées pour une infraction donnée varient jusqu’à un certain point dans les différentes communautés et régions du pays, car la combinaison «juste et appropriée» des divers objectifs reconnus de la détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent.

À mon avis, la lacune dont souffre la thèse selon laquelle le principe de proportionnalité exclurait présomptivement certaines infractions du champ d’application du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement est qu’une telle approche met démesurément l’accent sur la gravité de l’infraction et pas assez sur la culpabilité morale du délinquant.

nature of the principle. Proportionality requires that full consideration be given to both factors. As s. 718.1 provides:

A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender. [Emphasis added.]

84 Some appellate courts have held that once the statutory prerequisites are satisfied there ought to be a presumption in favour of a conditional sentence. In the instant appeal, *Helper J.A.* found at p. 112 that:

Generally (though certainly not in all cases), it will be that, when a sentencing judge has attributed the appropriate weight to each of the relevant principles in determining that a fit sentence would be less than two years and has found that the offender would not be a danger to the community, a decision to allow the offender to serve his sentence in the community will be consistent with ss. 718 to 718.2.

85 It is possible to interpret these comments as implying that once the judge has found that the prerequisites to a conditional sentence are met, a conditional sentence would presumably be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing. Assuming that *Helper J.A.* intended to suggest that there ought to be a presumption in favour of a conditional sentence once the prerequisites are met, I respectfully disagree with her. For the same reasons that I rejected the use of presumptions against conditional sentences, I also reject presumptions in favour of them. The particular circumstances of the offender and the offence must be considered in each case.

(b) *A Need for Starting Points?*

86 An individualized sentencing regime will of necessity entail a certain degree of disparity in sen-

Elle découle d'une méprise fondamentale en ce qui concerne la nature du principe. La proportionnalité commande un examen exhaustif des deux facteurs. Comme le précise l'art. 718.1:

La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant. [Je souligne.]

Certaines cours d'appel ont jugé que, dès que les préalables prévus par la loi sont réunis, il devrait y avoir une présomption en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement. Dans la présente affaire, le juge *Helper* a tiré la conclusion suivante, à la p. 112:

[TRADUCTION] Généralement (mais certainement pas dans tous les cas), lorsque le juge qui détermine la peine a bien pesé chacun des principes pertinents en déterminant que la peine appropriée serait un emprisonnement de moins de deux ans et qu'il a estimé que le délinquant ne mettrait pas la sécurité de la collectivité en danger, la décision de permettre à ce dernier de purger sa peine au sein de la collectivité sera conforme aux art. 718 à 718.2.

Il est possible d'interpréter ces commentaires comme signifiant que, lorsque le tribunal a jugé que les préalables à l'octroi du sursis à l'emprisonnement sont réunis, cette sanction serait présumément conforme à l'objectif essentiel et aux principes de la détermination de la peine déjà pris en compte à la première étape. Si le juge *Helper* a voulu dire qu'il devrait y avoir présomption en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement dès que les préalables sont réunis, je dois, en toute déférence, exprimer mon désaccord. Pour les mêmes raisons que celles sur lesquelles je me suis fondé pour rejeter le recours à de telles présomptions d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement, je rejette l'utilisation des présomptions en faveur de l'application de cette sanction. Dans chaque affaire, il faut tenir compte de la situation propre à chaque délinquant ainsi que des circonstances particulières de l'infraction.

b) *Faut-il établir des peines servant de points de départ?*

Un régime individualisé de détermination de la peine entraînera nécessairement un certain degré

tencing. I recognize that it is important for appellate courts to minimize, to the greatest extent possible, “the disparity of sentences imposed by sentencing judges for similar offenders and similar offences committed throughout Canada”: *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 92. Towards this end, this Court held in *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948, that “starting point sentences” may be set out as guides to lower courts in order to achieve greater uniformity and consistency. I am also acutely aware of the need to provide guidance to lower courts regarding the use of the conditional sentence, as it is a new sanction which has created a considerable amount of controversy and confusion in its short life.

That said, I do not find it necessary to resort to starting points in respect of specific offences to provide guidance as to the proper use of conditional sentences. In my view, the risks posed by starting points, in the form of offence-specific presumptions in favour of incarceration, outweigh their benefits. Starting points are most useful in circumstances where there is the potential for a large disparity between sentences imposed for a particular crime because the range of sentence set out in the *Code* is particularly broad. In the case of conditional sentences, however, the statutory prerequisites of s. 742.1 considerably narrow the range of cases in which a conditional sentence may be imposed. A conditional sentence may only be imposed on non-dangerous offenders who would otherwise have received a jail sentence of less than two years. Accordingly, the potential disparity of sentence between those offenders who were candidates for a conditional sentence and received a jail term, and those who received a conditional sentence, is relatively small.

The minimal benefits of uniformity in these circumstances are exceeded by the costs of the associated loss of individualization in sentencing. By

de disparité dans les peines infligées. Je reconnais qu’il est important que les cours d’appel réduisent autant que possible «la disparité entre les peines infligées à des contrevenants similaires, pour des infractions similaires commises dans les diverses régions du Canada»: *M. (C.A.)*, précité, au par. 92. Dans *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948, notre Cour a jugé que, à cette fin, des «peines servant de point de départ» peuvent être établies pour guider les juridictions inférieures afin d’assurer une plus grande uniformité et une plus grande cohérence des peines qu’elles infligent. Je suis en outre bien conscient du besoin de donner des indications aux juridictions inférieures en ce qui concerne le recours au sursis à l’emprisonnement, puisqu’il s’agit d’une sanction nouvelle, qui a déjà suscité beaucoup de controverse et de confusion depuis le peu de temps qu’elle existe.

Cela dit, je n’estime pas qu’il soit nécessaire, pour certaines infractions, de recourir à des points de départ afin de donner des indications sur la façon dont il convient d’utiliser le sursis à l’emprisonnement. À mon avis, les risques que présente le recours à des points de départ, sous forme de présomptions d’incarcération dans le cas d’infractions précises, l’emportent sur ses avantages potentiels. Des points de départ sont très utiles lorsqu’il y a un risque d’importante disparité entre les peines infligées pour un crime donné, du fait que la fourchette des peines prévues par le *Code* est particulièrement large. Cependant, dans le cas du sursis à l’emprisonnement, les préalables fixés par l’art. 742.1 restreignent considérablement le nombre de cas dans lesquels cette sanction peut être prononcée. Le sursis à l’emprisonnement ne peut être octroyé qu’aux délinquants non dangereux qui seraient autrement emprisonnés pendant moins de deux ans. Par conséquent, la disparité potentielle entre la sanction infligée aux délinquants qui auraient pu se voir accorder le sursis mais qui ont plutôt été emprisonnés, et celle infligée aux délinquants auxquels le sursis à l’emprisonnement a été octroyé est relativement mince.

Les avantages minimes que procure l’uniformité dans ces circonstances sont annihilés par les coûts associés à la perte correspondante au titre de l’in-

creating offence-specific starting points, there is a risk that these starting points will evolve into *de facto* minimum sentences of imprisonment. This would thwart Parliament's intention of not excluding particular categories of offence from the conditional sentencing regime. It could also result in the imposition of disproportionate sentences in some cases.

89

Given the narrow range of application for conditional sentences, I am of the opinion that a consideration of the principles of sentencing themselves, without offence-specific presumptions, can provide sufficient guidance as to whether a conditional sentence should be imposed. Some principles militate in favour of a conditional sentence, whereas others favour incarceration. It is the task of this Court to articulate, in general terms, which principles favour each sanction. Although it cannot ensure uniformity of result, the articulation of these principles can at least ensure uniformity in approach to the imposition of conditional sentences. It is to this task that I now turn.

(c) *Principles Militating For and Against a Conditional Sentence*

90

First, a consideration of ss. 718.2(d) and 718.2(e) leads me to the conclusion that serious consideration should be given to the imposition of a conditional sentence in all cases where the first three statutory prerequisites are satisfied. Sections 718.2(d) and 718.2(e) codify the important principle of restraint in sentencing and were specifically enacted, along with s. 742.1, to help reduce the rate of incarceration in Canada. Accordingly, it would be an error in principle not to consider the possibility of a conditional sentence seriously when the statutory prerequisites are met. Failure to advert to the possibility of a conditional sentence in reasons for sentence where there are reasonable grounds for finding that the first three statutory

dividualisation de la peine. En créant des points de départ applicables à des infractions précises, il y a un risque que ces points de départ deviennent dans les faits des peines minimales d'emprisonnement. Une telle situation irait à l'encontre de la volonté du législateur de n'exclure aucune catégorie particulière d'infractions du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement; elle pourrait également entraîner l'infliction de peines disproportionnées dans certains cas.

Vu le champ d'application restreint des ordonnances de sursis à l'emprisonnement, je suis d'avis que l'examen des principes de détermination de la peine eux-mêmes, sans présomptions applicables à l'égard d'infractions précises, peut fournir des indications suffisantes pour décider de l'opportunité de rendre une telle ordonnance. Certains principes militent en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement, tandis que d'autres militent en faveur de l'incarcération. Il appartient à notre Cour de formuler, en termes généraux, les principes qui favorisent chaque sanction. Bien que la formulation de ces principes ne puisse pas garantir l'uniformité des résultats, elle permet au moins d'assurer l'utilisation d'une approche uniforme dans l'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. C'est à cette tâche que je m'attaque maintenant.

c) *Les principes favorables et défavorables à l'octroi du sursis à l'emprisonnement*

Premièrement, l'examen des al. 718.2d) et e) m'amène à conclure que le tribunal doit envisager sérieusement la possibilité de prononcer l'emprisonnement avec sursis dans tous les cas où les trois premiers préalables prévus par la loi sont réunis. Les alinéas 718.2d) et e) codifient le principe important de la modération dans la détermination des peines et, avec l'art. 742.1, ils ont été adoptés précisément en vue d'aider à réduire le taux d'incarcération au Canada. Par conséquent, constituerait une erreur de principe le fait de ne pas envisager sérieusement la possibilité de rendre une ordonnance de sursis à l'emprisonnement lorsque les préalables prévus par la loi sont réunis. L'omission de faire allusion à la possibilité d'une telle

prerequisites have been met may well constitute reversible error.

I pause here to consider an interpretive difficulty posed by s. 718.2(e). By its terms, s. 718.2(e) requires judges to consider “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances” (emphasis added). A conditional sentence, however, is defined as a sentence of imprisonment. As a sentence of imprisonment, it cannot be an alternative to imprisonment. It would therefore appear as though s. 718.2(e) has no bearing on the sentencing judge’s decision as to whether a conditional sentence or a jail term should be imposed. Indeed, if interpreted in the technical sense ascribed to imprisonment in Part XXIII of the *Code*, s. 718.2(e) would only be relevant to the judge’s preliminary determination as to whether a sentence of imprisonment, as opposed to a probationary measure, should be imposed. Once the sentencing judge rejects a probationary sentence as inappropriate, the legislative force of s. 718.2(e) is arguably spent.

This interpretation seems to fly in the face of Parliament’s intention in enacting s. 718.2(e) — reducing the rate of incarceration. As this Court held in *Gladue*, *supra*, at para. 40:

The availability of the conditional sentence of imprisonment, in particular, alters the sentencing landscape in a manner which gives an entirely new meaning to the principle that imprisonment should be resorted to only where no other sentencing option is reasonable in the circumstances. The creation of the conditional sentence suggests, on its face, a desire to lessen the use of incarceration. The general principle expressed in s. 718.2(e) must be construed and applied in this light. [Emphasis added.]

ordonnance dans les motifs de détermination de la peine, lorsqu’il existe des motifs raisonnables permettant de conclure que les trois premiers préalables fixés par la loi sont réunis, peut fort bien constituer une erreur justifiant l’infirmité de la décision.

J’ouvre ici une parenthèse pour examiner un problème d’interprétation que pose la version anglaise de l’al. 718.2e). Aux termes de cette version, le tribunal doit envisager «all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances» (je souligne). Le sursis à l’emprisonnement est toutefois décrit comme étant une peine d’emprisonnement et, en tant que tel, il ne peut donc constituer une sanction autre que l’emprisonnement. Il semblerait donc que, suivant sa version anglaise, l’al. 718.2e) ne joue aucun rôle lorsque le tribunal décide s’il y a lieu de condamner le délinquant à l’emprisonnement ou de lui octroyer le sursis. De fait, si on interprète la version anglaise de cet alinéa en donnant à l’emprisonnement le sens technique auquel on l’entend à la partie XXIII du *Code*, cette disposition ne serait pertinente qu’à l’égard de la décision préalable du tribunal d’infliger une peine d’emprisonnement plutôt que de rendre une ordonnance de probation. À partir du moment où le tribunal écarte le recours à la probation parce qu’il s’agirait d’une sanction inappropriée, il serait possible d’affirmer que l’al. 718.2e) n’est plus pertinent.

Cette interprétation semble aller à l’encontre de l’intention qu’avait le législateur en édictant l’al. 718.2e) — savoir réduire le taux d’incarcération. Comme a jugé notre Cour dans *Gladue*, précité, au par. 40:

La possibilité de prononcer une condamnation avec sursis, en particulier, modifie le paysage de telle manière qu’elle donne un sens entièrement nouveau au principe du recours à l’emprisonnement dans le seul cas où aucune autre option n’est justifiée dans les circonstances. La création de la condamnation avec sursis, comme telle, traduit le désir de diminuer le recours à l’incarcération. C’est dans cet esprit qu’il faut interpréter et appliquer le principe général énoncé à l’al. 718.2e). [Je souligne.]

Moreover, if this interpretation of s. 718.2(e) were adopted, it could lead to absurd results in relation to aboriginal offenders. The particular circumstances of aboriginal offenders would only be relevant in deciding whether to impose probationary sentences, and not in deciding whether a conditional sentence should be preferred to incarceration. This would greatly diminish the remedial purpose animating Parliament's enactment of this provision, which contemplates the greater use of conditional sentences and other alternatives to incarceration in cases of aboriginal offenders.

93 The language used in the French version avoids this difficulty. The French version reads as follows:

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. [Emphasis added.]

94 The use of "*sanctions substitutives*" for "sanctions other than imprisonment" in the French version of this provision means that s. 718.2(e) plays a role not only in the decision as to whether imprisonment or probationary measures should be imposed (preliminary step of the analysis), but also in the decision as to whether to impose a conditional sentence of imprisonment since conditional sentences are clearly "*sanctions substitutives*" to incarceration.

95 The French version and the English version of s. 718.2(e) are therefore in conflict. In conformity with a long-standing principle of interpretation, to resolve the conflict between the two official versions, we have to look for the meaning common to both: see for instance *Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration*, [1982] 2 S.C.R. 856, at pp. 863-64; *Gravel v. City of St-Léonard*,

Qui plus est, si cette interprétation de la version anglaise de l'al. 718.2e) était retenue, elle pourrait entraîner des résultats absurdes dans le cas des délinquants autochtones. Les circonstances particulières aux délinquants autochtones ne seraient pertinentes qu'afin de décider s'il y a lieu de prononcer des mesures probatoires, et non afin de décider s'il faut prononcer le sursis à l'emprisonnement plutôt que l'incarcération. Cela aurait pour effet de miner considérablement l'objectif réparateur qui animait le législateur lorsqu'il a édicté cet alinéa, qui envisage le recours accru au sursis à l'emprisonnement et aux autres mesures de rechange à l'incarcération dans le cas des délinquants autochtones.

La version française de l'al. 718.2e) évite cette difficulté. Voici le texte français de cette disposition:

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. [Je souligne.]

L'emploi de l'expression «sanctions substitutives» dans le texte français de l'al. 718.2e) pour rendre l'expression «*sanctions other than imprisonment*» de la version anglaise emporte que cette disposition joue non seulement un rôle dans la décision de prononcer l'emprisonnement ou des mesures probatoires (première étape de l'analyse), mais également dans la décision de prononcer ou non une ordonnance de sursis à l'emprisonnement, puisque ces ordonnances sont clairement des «sanctions substitutives» à l'incarcération.

Il y a donc conflit entre les versions anglaise et française de l'al. 718.2e). Conformément à un principe d'interprétation bien établi, pour résoudre un conflit entre les deux versions officielles, il faut chercher à dégager le sens qui est commun aux deux versions: voir, par exemple, *Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1982] 2 R.C.S. 856, aux pp. 863 et 864; *Gravel c. Cité de*

[1978] 1 S.C.R. 660, at p. 669; *Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise*, [1977] 1 S.C.R. 456, at pp. 464-65; *Tupper v. The Queen*, [1967] S.C.R. 589, at p. 593; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610, at p. 614; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3rd ed. 1999), at pp. 412-15. Accordingly, the word “imprisonment” in s. 718.2(e) should be interpreted as “incarceration” rather than in its technical sense of encompassing both incarceration and a conditional sentence. Read in this light, s. 718.2(e) clearly exerts an influence on the sentencing judge’s determination as to whether to impose a conditional sentence as opposed to a jail term.

Both ss. 718.2(d) and 718.2(e) seek to vindicate the important objective of restraint in the use of incarceration. However, neither seeks to do so at all costs. Section 718.2(d) provides that “an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances” (emphasis added). Section 718.2(e) provides that “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered” (emphasis added). In my view, a determination of when less restrictive sanctions are “appropriate” and alternatives to incarceration “reasonable” in the circumstances requires a consideration of the other principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2

In determining which principles favour of a conditional sentence and which favour incarceration, it is necessary to consider again the nature and purpose of the conditional sentence. Through an appreciation of Parliament’s intention in enacting this new sanction and the mischief it seeks to redress, trial judges will be better able to make appropriate use of this innovative tool.

St-Léonard, [1978] 1 R.C.S. 660, à la p. 669; *Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise*, [1977] 1 R.C.S. 456, aux pp. 464 et 465; *Tupper c. The Queen*, [1967] R.C.S. 589, à la p. 593; *Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada c. T. Eaton Co.*, [1956] R.C.S. 610, à la p. 614; P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), aux pp. 412 à 415. Par conséquent, il faut donner au mot «imprisonnement» du texte anglais de l’al. 718.2e) le sens d’«incarcération» («incarcération») plutôt que son sens technique qui englobe à la fois l’idée d’incarcération et celle de «conditional sentence» («condamnation à l’emprisonnement avec sursis»). Considéré sous cet éclairage, même dans sa version anglaise, l’al. 718.2e) joue clairement un rôle dans la décision du tribunal de prononcer le sursis à l’emprisonnement plutôt que l’incarcération.

Les alinéas 718.2d) et e) tendent tous deux à la réalisation de l’important objectif de modération dans le recours à l’incarcération, mais pas à n’importe quel prix cependant. L’alinéa 718.2d) impose au tribunal «l’obligation, avant d’envisager la privation de liberté, d’examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient» (je souligne). L’alinéa 718.2e) prévoit «l’examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances» (je souligne). À mon avis, pour décider si les circonstances «justifient» des sanctions moins contraignantes ou si des sanctions substitutives sont «justifiées», il faut prendre en compte les autres principes de détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2.

Pour déterminer quels sont, d’une part, les principes qui militent en faveur de l’octroi du sursis à l’emprisonnement et, d’autre part, ceux qui militent en faveur de l’incarcération, il faut à nouveau se pencher sur la nature et l’objectif de l’emprisonnement avec sursis. En saisissant mieux l’objectif que poursuivait le législateur lorsqu’il a établi cette nouvelle sanction, ainsi que le problème que celle-ci vise à corriger, les tribunaux seront plus à même d’utiliser de manière appropriée cette mesure novatrice.

98

The conditional sentence, as I have already noted, was introduced in the amendments to Part XXIII of the *Code*. Two of the main objectives underlying the reform of Part XXIII were to reduce the use of incarceration as a sanction and to give greater prominence to the principles of restorative justice in sentencing — the objectives of rehabilitation, reparation to the victim and the community, and the promotion of a sense of responsibility in the offender.

99

The conditional sentence facilitates the achievement of both of Parliament's objectives. It affords the sentencing judge the opportunity to craft a sentence with appropriate conditions that can lead to the rehabilitation of the offender, reparations to the community, and the promotion of a sense of responsibility in ways that jail cannot. However, it is also a punitive sanction. Indeed, it is the punitive aspect of a conditional sentence that distinguishes it from probation. As discussed above, it was not Parliament's intention that offenders who would otherwise have gone to jail for up to two years less a day now be given probation or some equivalent thereof.

100

Thus, a conditional sentence can achieve both punitive and restorative objectives. To the extent that both punitive and restorative objectives can be achieved in a given case, a conditional sentence is likely a better sanction than incarceration. Where the need for punishment is particularly pressing, and there is little opportunity to achieve any restorative objectives, incarceration will likely be the more attractive sanction. However, even where restorative objectives cannot be readily satisfied, a conditional sentence will be preferable to incarceration in cases where a conditional sentence can achieve the objectives of denunciation and deterrence as effectively as incarceration. This follows from the principle of restraint in s. 718.2(d) and (e), which militates in favour of alternatives to

Comme je l'ai déjà signalé, l'emprisonnement avec sursis est une mesure qui faisait partie des modifications apportées à la partie XXIII du *Code*. Deux des principaux objectifs de la réforme de la partie XXIII étaient de réduire le recours à l'incarcération comme sanction et d'accorder une plus grande importance aux principes de justice corrective dans la détermination de la peine — savoir la réinsertion sociale du délinquant, la réparation des torts causés aux victimes et à la collectivité et la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités.

L'emprisonnement avec sursis facilite la réalisation des deux objectifs du législateur. Il donne au tribunal la possibilité de façonner une peine assortie de conditions appropriées qui pourra mener — d'une manière que ne permettrait pas l'incarcération — à la réinsertion sociale du délinquant, à la réparation des torts causés à la collectivité et à la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Toutefois, il s'agit également d'une sanction punitive. De fait, c'est son aspect punitif qui distingue l'emprisonnement avec sursis de la probation. Comme nous l'avons vu plus tôt, le législateur n'entendait pas qu'un délinquant qui aurait autrement été incarcéré pendant une période de moins de deux ans bénéficie désormais de la probation ou d'une mesure équivalente.

L'emprisonnement avec sursis peut donc permettre la réalisation d'objectifs punitifs et correctifs. Dans la mesure où ces deux types d'objectifs peuvent être atteints dans un cas donné, l'emprisonnement avec sursis est probablement une sanction préférable à l'incarcération. Par contre, lorsque le besoin de punition est particulièrement pressant et qu'il y a peu de chances de réaliser des objectifs correctifs, l'incarcération constitue vraisemblablement la sanction la plus intéressante. Cependant, même dans les cas où la réalisation d'objectifs correctifs ne serait pas une tâche facile, l'emprisonnement avec sursis est préférable à l'incarcération lorsqu'il permet de réaliser aussi efficacement que celle-ci les objectifs de dénonciation et de dissuasion. C'est ce qui ressort du principe de modération qui est exprimé aux al. 718.2(d) et (e) et qui milite en faveur de l'application de sanctions

incarceration where appropriate in the circumstances.

I turn now to the question of when a conditional sentence may be appropriate having regard to the six sentencing objectives set out in s. 718.

(i) Denunciation

Denunciation is the communication of society's condemnation of the offender's conduct. In *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 81, I wrote:

In short, a sentence with a denunciatory element represents a symbolic, collective statement that the offender's conduct should be punished for encroaching on our society's basic code of values as enshrined within our substantive criminal law. As Lord Justice Lawton stated in *R. v. Sargeant* (1974), 60 Cr. App. R. 74, at p. 77: "society, through the courts, must show its abhorrence of particular types of crime, and the only way in which the courts can show this is by the sentences they pass".

Incarceration will usually provide more denunciation than a conditional sentence, as a conditional sentence is generally a more lenient sentence than a jail term of equivalent duration. That said, a conditional sentence can still provide a significant amount of denunciation. This is particularly so when onerous conditions are imposed and the duration of the conditional sentence is extended beyond the duration of the jail sentence that would ordinarily have been imposed in the circumstances. I will discuss each point in turn.

First, the conditions should have a punitive aspect. Indeed, the need for punitive conditions is the reason why a probationary sentence was rejected and a sentence of imprisonment of less than two years imposed. As stated above, conditions such as house arrest should be the norm, not the exception. This means that the offender should be confined to his or her home except when working, attending school, or fulfilling other conditions of his or her sentence, e.g. community service,

autres que l'incarcération lorsque les circonstances le justifient.

Je vais maintenant examiner, au regard des six objectifs de la détermination de la peine énoncés à l'art. 718, la question de savoir dans quelles circonstances l'emprisonnement avec sursis est une mesure appropriée.

(i) Dénonciation

La dénonciation est l'expression de la condamnation par la société du comportement du délinquant. Dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 81, j'ai écrit ce qui suit:

Bref, une peine assortie d'un élément réprobateur représente une déclaration collective, ayant valeur de symbole, que la conduite du contrevenant doit être punie parce qu'elle a porté atteinte au code des valeurs fondamentales de notre société qui sont constatées dans notre droit pénal substantiel. Comme l'a dit le lord juge Lawton dans *R. c. Sargeant* (1974), 60 Cr. App. R. 74, à la p. 77: [TRADUCTION] «la société doit, par l'entremise des tribunaux, communiquer sa répulsion à l'égard de certains crimes, et les peines qu'ils infligent sont le seul moyen qu'ont les tribunaux de transmettre ce message».

L'incarcération produit habituellement un effet dénonciateur plus grand que l'emprisonnement avec sursis, mesure généralement plus clémente qu'une peine d'emprisonnement de durée équivalente. Cela dit, l'emprisonnement avec sursis peut néanmoins avoir un effet dénonciateur appréciable, particulièrement dans les cas où l'ordonnance de sursis est assortie de conditions rigoureuses et que sa durée d'application est plus longue que la peine d'emprisonnement qui aurait ordinairement été infligée dans les circonstances. Je vais examiner chacun de ces points à tour de rôle.

Premièrement, les conditions imposées devraient comporter un aspect punitif. De fait, la nécessité d'imposer des conditions punitives est la raison même pour laquelle le tribunal a écarté la probation et infligé une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. Comme il a été indiqué précédemment, des conditions telles que la détention à domicile devraient être la règle et non l'exception. Cela veut dire que le délinquant devrait être confiné à son domicile, sauf lorsqu'il travaille, qu'il

101

102

103

meeting with the supervisor, or participating in treatment programs. Of course, there will need to be exceptions for medical emergencies, religious observance, and the like.

suit des cours ou qu'il remplit d'autres conditions qui lui ont été imposées, par exemple lorsqu'il exécute des travaux communautaires, se présente aux rendez-vous fixés par l'agent de surveillance ou participe à des programmes de traitement. Il va de soi que des exceptions devront être prévues pour les urgences médicales, la pratique religieuse et autres situations du genre.

104 Second, although a literal reading of s. 742.1 suggests that a conditional sentence must be of equivalent duration to the jail term that would otherwise have been imposed, I have explained earlier why such a literal interpretation of s. 742.1 should be eschewed. Instead, the preferred approach is to have the judge reject a probationary sentence and a penitentiary term as inappropriate in the circumstances, and then consider whether a conditional sentence of less than two years would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing, provided the statutory prerequisites are met. This approach does not require that there be any equivalence between the duration of the conditional sentence and the jail term that would otherwise have been imposed. The sole requirement is that the duration and conditions of a conditional sentence make for a just and appropriate sentence: see *Brady, supra*, at para. 111; *Ursel, supra*, at pp. 284-86 and 291-92; *Pierce, supra*, at p. 39; J. V. Roberts, "The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady" (1999), 42 *Crim. L.Q.* 38, at pp. 47-52.

Deuxièmement, quoique l'interprétation littérale de l'art. 742.1 tende à indiquer que l'emprisonnement avec sursis doit avoir une durée équivalente à la peine d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée, j'ai expliqué plus tôt pourquoi pareille interprétation ne saurait être retenue. Il est préférable que, après avoir d'abord déterminé que ni la probation ni l'emprisonnement dans un pénitencier ne sont des peines justifiées dans les circonstances, le tribunal se demande si le prononcé d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement de moins de deux ans est conforme à l'objectif essentiel et aux principes de la détermination de la peine, dans la mesure où les préalables prévus par la loi sont réunis. Cette démarche n'exige pas qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la durée de l'emprisonnement qui aurait autrement été infligée. La seule exigence est que, par sa durée et les conditions dont elle est assortie, l'ordonnance de sursis soit une peine juste et appropriée: voir *Brady*, précité, au par. 111; *Ursel*, précité, aux pp. 284, 285, 286, 291 et 292; *Pierce*, précité, à la p. 39; J. V. Roberts, «The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady» (1999), 42 *Crim. L.Q.* 38, aux pp. 47 à 52.

105 The stigma of a conditional sentence with house arrest should not be underestimated. Living in the community under strict conditions where fellow residents are well aware of the offender's criminal misconduct can provide ample denunciation in many cases. In certain circumstances, the shame of encountering members of the community may make it even more difficult for the offender to serve his or her sentence in the community than in prison.

Il ne faut pas sous-estimer les stigmates d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement assortie de la détention à domicile. Le fait que le délinquant vive dans la collectivité sous des conditions strictes et que ses voisins soient bien au fait de son comportement criminel peut, dans bien des cas, produire un effet dénonciateur suffisant. Dans certaines circonstances, en raison de la honte que le délinquant ressent lorsqu'il rencontre des membres de la collectivité, il peut même être plus difficile pour ce dernier de purger sa peine au sein de la collectivité qu'en prison.

The amount of denunciation provided by a conditional sentence will be heavily dependent on the circumstances of the offender, the nature of the conditions imposed, and the community in which the sentence is to be served. As a general matter, the more serious the offence and the greater the need for denunciation, the longer and more onerous the conditional sentence should be. However, there may be certain circumstances in which the need for denunciation is so pressing that incarceration will be the only suitable way in which to express society's condemnation of the offender's conduct.

(ii) Deterrence

Incarceration, which is ordinarily a harsher sanction, may provide more deterrence than a conditional sentence. Judges should be wary, however, of placing too much weight on deterrence when choosing between a conditional sentence and incarceration: see *Wismayer, supra*, at p. 36. The empirical evidence suggests that the deterrent effect of incarceration is uncertain: see generally *Sentencing Reform: A Canadian Approach, supra*, at pp. 136-37. Moreover, a conditional sentence can provide significant deterrence if sufficiently punitive conditions are imposed and the public is made aware of the severity of these sentences. There is also the possibility of deterrence through the use of community service orders, including those in which the offender may be obliged to speak to members of the community about the evils of the particular criminal conduct in which he or she engaged, assuming the offender were amenable to such a condition. Nevertheless, there may be circumstances in which the need for deterrence will warrant incarceration. This will depend in part on whether the offence is one in which the effects of incarceration are likely to have a real deterrent effect, as well as on the circumstances of the community in which the offences were committed.

Le degré de dénonciation produit par une ordonnance de sursis à l'emprisonnement est largement tributaire de la situation du délinquant, de la nature des conditions assortissant l'ordonnance et de la collectivité au sein de laquelle la peine est purgée. En règle générale, plus l'infraction est grave et le besoin de dénonciation important, plus la durée de l'ordonnance de sursis devrait être longue et les conditions de celle-ci rigoureuses. Toutefois, il peut survenir des cas où la nécessité de dénoncer est si pressante que l'incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l'égard du comportement du délinquant.

(ii) Dissuasion

L'incarcération, qui est habituellement une sanction plus sévère, peut avoir un effet plus dissuasif que l'emprisonnement avec sursis. Les juges doivent cependant prendre soin de ne pas accorder un poids excessif à la dissuasion quand ils choisissent entre l'incarcération et l'emprisonnement avec sursis: voir *Wismayer, précité*, à la p. 36. La preuve empirique suggère que l'effet dissuasif de l'incarcération est incertain: voir, généralement, *Réformer la sentence: une approche canadienne, op. cit.*, aux pp. 150 et 151. Qui plus est, l'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dissuasif général appréciable si l'ordonnance est assortie de conditions suffisamment punitives et si le public est informé de la sévérité de ces sanctions. Un autre moyen de réaliser l'objectif de dissuasion générale est le recours à des ordonnances de service communautaire, notamment des ordonnances dans le cadre desquelles le délinquant serait tenu de parler à des membres du public des maux engendrés par son comportement criminel, dans la mesure où le délinquant est ouvert à une telle condition. Néanmoins, il peut y avoir des circonstances où le besoin de dissuasion justifie l'incarcération du délinquant. Une telle décision dépend en partie de la question de savoir s'il s'agit d'une infraction pour laquelle les conséquences de l'incarcération sont susceptibles d'avoir un effet dissuasif réel, ainsi que des circonstances propres à la collectivité au sein de laquelle l'infraction a été perpétrée.

(iii) Separation

108

The objective of separation is not applicable in determining whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing because it is a prerequisite of a conditional sentence that the offender not pose a danger to the community. Accordingly, it is not necessary to completely separate the offender from society. To the extent that incarceration, which leads to the complete separation of offenders, is warranted in circumstances where the statutory prerequisites are met, it is as a result of the objectives of denunciation and deterrence, not the need for separation as such.

(iv) Restorative Objectives

109

While incarceration may provide for more denunciation and deterrence than a conditional sentence, a conditional sentence is generally better suited to achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations, and promotion of a sense of responsibility in the offender. As this Court held in *Gladue, supra*, at para. 43, “[r]estorative sentencing goals do not usually correlate with the use of prison as a sanction”. The importance of these goals is not to be underestimated, as they are primarily responsible for lowering the rate of recidivism. Consequently, when the objectives of rehabilitation, reparation, and promotion of a sense of responsibility may realistically be achieved in the case of a particular offender, a conditional sentence will likely be the appropriate sanction, subject to the denunciation and deterrence considerations outlined above.

110

I will now consider examples of conditions that seek to vindicate these objectives. There are any number of conditions a judge may impose in order to rehabilitate an offender. Mandatory treatment orders may be imposed, such as psychological counseling and alcohol and drug rehabilitation.

(iii) Isolement du délinquant du reste de la société

L’objectif d’isolement du délinquant du reste de la société ne s’applique pas lorsqu’il s’agit de décider si la condamnation de celui-ci à l’emprisonnement avec sursis serait compatible avec l’objectif essentiel et les principes de la détermination de la peine, puisqu’un préalable à l’infliction de cette sanction est que le délinquant ne mette pas en danger la sécurité de la collectivité. En conséquence, il n’est pas nécessaire d’isoler complètement le délinquant du reste de la société. Dans la mesure où l’incarcération — qui implique l’isolement complet des délinquants — est justifiée lorsque les préalables prévus par la loi sont réunis, c’est en raison des objectifs de dénonciation et de dissuasion, et non du besoin d’isolement comme tel.

(iv) Objectifs correctifs

Bien que l’incarcération puisse produire des effets dénonciateurs et dissuasifs plus grands que l’emprisonnement avec sursis, cette dernière mesure sera généralement plus propice à la réalisation des objectifs correctifs de réinsertion sociale des délinquants, de réparation des torts causés et de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités. Comme l’a mentionné notre Cour dans *Gladue, précité*, au par. 43, «[l]es objectifs correctifs ne concordent habituellement pas avec le recours à l’emprisonnement». Il ne faut pas sous-estimer l’importance de ces objectifs, car ils sont le principal facteur d’abaissement du taux de récidive. En conséquence, lorsque les objectifs de réinsertion sociale, de réparation des torts causés et de prise de conscience des responsabilités peuvent réalistement être atteints dans le cas d’un délinquant donné, l’emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement la sanction appropriée, sous réserve de la prise en compte des considérations de dénonciation et de dissuasion exposées plus tôt.

Je vais maintenant examiner certains exemples de conditions tendant à la réalisation de ces objectifs. Un juge peut assortir une ordonnance d’une multitude de conditions visant à la réinsertion sociale du délinquant. Des ordonnances de participation obligatoire à un traitement peuvent être

It is well known that sentencing an offender to a term of incarceration for an offence related to a drug addiction, without addressing the addiction, will probably not lead to the rehabilitation of the offender. The *Final Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (1973) noted at p. 59 that:

These adverse effects of imprisonment are particularly reflected in the treatment of drug offenders. Our investigations suggest that there is considerable circulation of drugs within penal institutions, that offenders are reinforced in their attachment to the drug culture, and that in many cases they are introduced to certain kinds of drug use by prison contacts. Thus imprisonment does not cut off all contact with drugs or the drug subculture, nor does it cut off contact with individual drug users. Actually, it increases exposure to the influence of chronic, harmful drug users.

House arrest may also have a rehabilitative effect to a certain extent in so far as it prevents the offender from engaging in habitual anti-social associations and promotes pro-social behaviors such as attendance at work or educational institutions: see Roberts, "The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady", *supra*, at p. 65.

The objectives of reparations to the victim and the community, as well as the promotion of a sense of responsibility in offenders and acknowledgment of the harm done to victims and to the community may also be well served by a conditional sentence. For example, in some cases, restitution orders to compensate the victim may be made a condition. Furthermore, the imposition of a condition of community service can assist the offender in making reparations to the community and in promoting a sense of responsibility. An interesting possibility in this regard would be an order that the offender speak in public about the unfortunate consequences of his or her conduct, assuming the offender were amenable to such a condition. Not only could such an order promote a sense of responsibility and an acknowledgment of the harm

rendues, notamment en matière de counseling psychologique et de désintoxication. Il est notoire que le fait de condamner un délinquant à l'incarcération par suite d'une infraction reliée à la dépendance à la drogue sans s'attaquer à ce problème n'aboutira probablement pas à la réinsertion sociale de l'intéressé. Dans le *Rapport final de la Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales* (1973), on a fait l'observation suivante, aux pp. 55 et 56:

Ces effets néfastes de la prison sont particulièrement manifestes dans le cas des délits relatifs aux stupéfiants. D'après nos recherches, les stupéfiants sont très répandus dans les établissements pénitentiaires, les détenus s'y asservissent davantage à leur habitude et dans nombre de cas ils font même la découverte de nouveaux emplois de la drogue. La prison ne coupe pas le détenu du monde de la drogue, mais l'expose au contraire à l'influence de toxicomanes et d'usagers des drogues dangereuses.

La détention à domicile est une autre mesure qui peut contribuer, dans une certaine mesure, à la réinsertion sociale du délinquant, en ce qu'elle l'empêche de maintenir ses fréquentations antisociales en plus de favoriser des comportements socialement souhaitables tels que l'assiduité au travail ou aux cours: voir Roberts, «The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady», *loc. cit.*, à la p. 65.

L'emprisonnement avec sursis peut aussi favoriser l'atteinte de l'objectif de réparation des torts causés à la victime et à la collectivité, et de l'objectif de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité. Dans certains cas, par exemple, l'ordonnance de sursis peut être assortie de l'obligation de dédommager la victime. En outre, le fait d'imposer au délinquant une ordonnance de service communautaire peut l'aider à réparer les torts qu'il a causés à la collectivité et l'amener à prendre conscience de ses responsabilités. À cet égard, constituerait une possibilité intéressante une ordonnance l'obligeant à parler en public des conséquences malheureuses de sa conduite, dans la mesure où le délinquant est ouvert à une telle

111

112

done by the offender, it could also further the objective of deterrence, as I discussed above. In my view, the use of community service orders should be encouraged, provided that there are suitable programs available for the offender in the community. By increasing the use of community service orders, offenders will be seen by members of the public as paying back their debt to society. This will assist in contributing to public respect for the law.

(v) Summary

113 In sum, in determining whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing, sentencing judges should consider which sentencing objectives figure most prominently in the factual circumstances of the particular case before them. Where a combination of both punitive and restorative objectives may be achieved, a conditional sentence will likely be more appropriate than incarceration. In determining whether restorative objectives can be satisfied in a particular case, the judge should consider the offender's prospects of rehabilitation, including whether the offender has proposed a particular plan of rehabilitation; the availability of appropriate community service and treatment programs; whether the offender has acknowledged his or her wrongdoing and expresses remorse; as well as the victim's wishes as revealed by the victim impact statement (consideration of which is now mandatory pursuant to s. 722 of the *Code*). This list is not exhaustive.

114 Where punitive objectives such as denunciation and deterrence are particularly pressing, such as cases in which there are aggravating circumstances, incarceration will generally be the preferable sanction. This may be so notwithstanding the fact that restorative goals might be achieved by a

condition. Non seulement une telle ordonnance pourrait-elle amener le délinquant à prendre conscience de ses responsabilités et à reconnaître les torts qu'il a causés, mais elle pourrait également favoriser la réalisation de l'objectif de dissuasion générale, comme je l'ai indiqué précédemment. À mon avis, il y a lieu d'encourager le recours aux ordonnances de service communautaire, dans la mesure évidemment où il existe des programmes appropriés pour le délinquant dans la collectivité concernée. Si les tribunaux recourent davantage aux ordonnances de service communautaire, le public considérera que les délinquants s'acquittent de leur dette envers la société. Une telle mesure aura également pour effet d'aider à accroître le respect de la loi par le public.

(v) Sommaire

En résumé, au moment de décider si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est conforme à l'objectif essentiel et aux principes de la détermination de la peine, le juge qui détermine la peine doit se demander quels sont les objectifs qui apparaissent prépondérants au regard des faits du cas dont il est saisi. Lorsqu'il est possible de combiner des objectifs punitifs et des objectifs correctifs, l'emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement une sanction plus appropriée que l'incarcération. Pour décider s'il est possible de réaliser des objectifs correctifs dans une affaire donnée, le juge doit étudier les chances de réinsertion sociale du délinquant, notamment en tenant compte de tout plan de réadaptation proposé par ce dernier, de l'existence de programmes appropriés de service communautaire et de traitement dans la collectivité, de la question de savoir si le délinquant reconnaît ses torts et manifeste des remords, ainsi que des souhaits exprimés par la victime dans sa déclaration (que le tribunal doit prendre en considération suivant l'art. 722 du *Code*). Cette liste n'est pas exhaustive.

Lorsque des objectifs punitifs tels que la dénonciation et la dissuasion sont particulièrement pressants, par exemple en présence de circonstances aggravantes, l'incarcération sera généralement la sanction préférable, et ce en dépit du fait que l'emprisonnement avec sursis pourrait également

conditional sentence. Conversely, a conditional sentence may provide sufficient denunciation and deterrence, even in cases in which restorative objectives are of diminished importance, depending on the nature of the conditions imposed, the duration of the conditional sentence, and the circumstances of the offender and the community in which the conditional sentence is to be served.

Finally, it bears pointing out that a conditional sentence may be imposed even in circumstances where there are aggravating circumstances relating to the offence or the offender. Aggravating circumstances will obviously increase the need for denunciation and deterrence. However, it would be a mistake to rule out the possibility of a conditional sentence *ab initio* simply because aggravating factors are present. I repeat that each case must be considered individually.

Sentencing judges will frequently be confronted with situations in which some objectives militate in favour of a conditional sentence, whereas others favour incarceration. In those cases, the trial judge will be called upon to weigh the various objectives in fashioning a fit sentence. As La Forest J. stated in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329, “[i]n a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender”. There is no easy test or formula that the judge can apply in weighing these factors. Much will depend on the good judgment and wisdom of sentencing judges, whom Parliament vested with considerable discretion in making these determinations pursuant to s. 718.3.

(d) *Appropriate Conditions*

In the event that a judge chooses to impose a conditional sentence, there are five compulsory conditions listed in s. 742.3(1) that must be imposed. The judge also has considerable discretion in imposing optional conditions pursuant to s. 742.3(2). There are a number of principles that

permettre la réalisation d’objectifs correctifs. À l’inverse, selon de la nature des conditions imposées dans l’ordonnance de sursis, la durée de celle-ci et la situation du délinquant et de la collectivité au sein de laquelle il purgera sa peine, il est possible que l’emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs correctifs présentent moins d’importance.

Finalement, il convient de souligner que le sursis à l’emprisonnement peut être octroyé même dans les cas où il y a des circonstances aggravantes liées à la perpétration de l’infraction ou à la situation du délinquant. Il va de soi que la présence de circonstances aggravantes augmentera le besoin de dénonciation et de dissuasion. Toutefois, il serait erroné d’écarter d’emblée la possibilité de l’octroi du sursis à l’emprisonnement pour cette seule raison. Je le répète, il faut apprécier chaque cas individuellement.

Il arrive fréquemment que le juge qui détermine la peine se trouve devant une situation où certains objectifs militent en faveur de l’octroi du sursis à l’emprisonnement et d’autres en faveur de l’emprisonnement. En pareils cas, le juge du procès doit sopeser ces divers objectifs pour déterminer la peine appropriée. Comme a expliqué le juge La Forest dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329, «[d]ans un système rationnel de détermination des peines, l’importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant». Le juge ne dispose pas d’un critère ou d’une formule d’application simple à cet égard. Il faut s’en remettre au jugement et à la sagesse du juge qui détermine la peine, que le législateur a investi d’un pouvoir discrétionnaire considérable à cet égard à l’art. 718.3.

d) *Conditions appropriées*

Le juge qui décide de prononcer l’emprisonnement avec sursis doit assortir l’ordonnance des cinq conditions obligatoires énumérées au par. 742.3(1). Le paragraphe 742.3(2) lui attribue en outre un large pouvoir discrétionnaire l’autorisant à imposer d’autres conditions, facultatives

115

116

117

should guide the judge in exercising this discretion. First, the conditions must ensure the safety of the community. Second, conditions must be tailored to fit the particular circumstances of the offender and the offence. The type of conditions imposed will be a function of the sentencing judge's creativity. However, conditions will prove fruitless if the offender is incapable of abiding by them, and will increase the probability that the offender will be incarcerated as a result of breaching them. Third, punitive conditions such as house arrest should be the norm, not the exception. Fourth, the conditions must be realistically enforceable. This requires a consideration of the available resources in the community in which the sentence is to be served. I agree with Rosenberg J.A., who, in "Recent Developments in Sentencing", a paper prepared for the National Judicial Institute's Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar in Halifax, February 25-26, 1999, at p. 63, wrote that:

... the courts must be careful not to impose conditions that are purely cosmetic and are incapable of effective enforcement. For example, I would think that any condition that can only be effectively enforced through an intolerable intrusion into the privacy of innocent persons would be problematic. Conditions that impose an unacceptable burden on the supervisor might also be of dubious value. If the conditions that the court imposes are impractical, the justice system will be brought into disrepute.

D. *Burden of Proof*

118 It is submitted by the intervener the Attorney General for Ontario that the offender has the burden of proving that a conditional sentence should be imposed pursuant to s. 742.1. According to the Attorney General:

[W]hen a sentencing court determines that a reformatory sentence of imprisonment is an appropriate sentence for an offender, there is, in effect, a rebuttable presumption that this custodial sentence will prevail unless

celles-là. Un certain nombre de principes devraient le guider dans l'exercice de ce pouvoir. Premièrement, les conditions dont il assortit l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement doivent être propres à assurer la sécurité de la collectivité. Deuxièmement, les conditions doivent être adaptées à la situation particulière du délinquant et à l'infraction commise. Le type de conditions qu'imposera le juge sera fonction de sa créativité. Toutefois, ces conditions seront sans effet si le délinquant est incapable de les respecter et, en plus, elles accroîtront la probabilité qu'il soit emprisonné pour les avoir violées. Troisièmement, les conditions punitives comme la détention à domicile doivent être la règle et non l'exception. Quatrièmement, il faut qu'il soit réalistement possible de faire respecter les conditions imposées. Pour cela, il faut donc tenir compte des ressources qui existent dans la collectivité au sein de laquelle la peine sera purgée. Je souscris aux observations suivantes, formulées par le juge Rosenberg de la Cour d'appel de l'Ontario dans «Recent Developments in Sentencing», document préparé pour le Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar qui s'est déroulé à Halifax les 25 et 26 février 1999, sous l'égide de l'Institut national de la magistrature, à la p. 63:

[TRADUCTION] ... les tribunaux doivent prendre soin de ne pas imposer de conditions de pure forme qu'il sera impossible de faire respecter efficacement. Par exemple, je crois que toute condition qui ne pourrait être appliquée qu'au prix d'une immixtion intolérable dans la vie privée de personnes innocentes poserait problème. Des conditions qui imposeraient un fardeau inacceptable à l'agent de surveillance seraient aussi d'une utilité douteuse. Si les conditions imposées par le tribunal sont irréalistes, elles auront pour effet de déconsidérer le système de justice.

D. *Le fardeau de la preuve*

Le procureur général de l'Ontario intervenant soutient qu'il incombe au délinquant de prouver qu'on doit lui octroyer le sursis à l'emprisonnement en vertu de l'art. 742.1. D'affirmer le procureur général:

[TRADUCTION] [U]ne fois que le tribunal qui prononce la peine a décidé qu'il convient d'infliger une peine d'emprisonnement, il y a en fait une présomption réfutable que c'est la peine qui sera infligée, à moins que le

the offender can convince the sentencing Court to make the sentence of imprisonment “conditional”. [Emphasis in original.]

The Attorney General for Ontario’s position seems to be premised on a rigid two-step approach, which I rejected for the reasons explained earlier. The Attorney General submits that the offender has to establish that: (a) he or she would not endanger the safety of the community by serving a conditional sentence; and (b) the imposition of a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles set out in ss. 718 to 718.2.

I disagree. The wording used in s. 742.1 does not attribute to either party the onus of establishing that the offender should or should not receive a conditional sentence. To inform his or her decision about the appropriate sentence, the judge can take into consideration all the evidence, no matter who adduces it (*Ursel, supra*, at pp. 264-65 and 287).

In matters of sentencing, while each party is expected to establish elements in support of its position as to the appropriate sentence that should be imposed, the ultimate decision as to what constitutes the best disposition is left to the discretion of the sentencing judge. This message is explicit in s. 718.3(1) and (2):

718.3 (1) Where an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence.

(2) Where an enactment prescribes a punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence, but no punishment is a minimum punishment unless it is declared to be a minimum punishment.

The sentencing judge can take into account the submissions and evidence presented by counsel (s. 723), but is in no way bound by them in the decision as to the sentence. Having said this, in

délinquant ne convainque le tribunal de le condamner à l’emprisonnement «avec sursis». [Souligné dans l’original.]

La position du procureur général de l’Ontario semble être fondée sur une démarche rigide en deux étapes, démarche que j’ai rejetée pour les raisons exposées plus tôt. Le procureur général fait valoir que le délinquant doit établir les éléments suivants: a) il ne mettrait pas en danger la sécurité de la collectivité si le sursis à l’emprisonnement lui était octroyé; b) le prononcé de l’emprisonnement avec sursis est conforme à l’objectif et aux principes visés aux art. 718 à 718.2.

Je ne suis pas d’accord. Le texte de l’art. 742.1 n’impose à aucune des parties la charge de prouver qu’il y a lieu ou non d’octroyer au délinquant le sursis à l’emprisonnement. Pour décider de la peine appropriée, le juge peut prendre en considération tous les éléments de preuve, peu importe qui les a produits (*Ursel*, précité, aux pp. 264, 265 et 287).

En matière de détermination de la peine, quoique l’on attende de chaque partie qu’elle produise des éléments au soutien de sa position en ce qui concerne la peine appropriée, la décision finale quant à ce qui constitue la meilleure peine est laissée à l’appréciation du juge. C’est le message qui ressort explicitement des par. 718.3(1) et (2):

718.3 (1) Lorsqu’une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l’égard d’une infraction, la punition à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du tribunal qui condamne l’auteur de l’infraction.

(2) Lorsqu’une disposition prescrit une peine à l’égard d’une infraction, la peine à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, laissée à l’appréciation du tribunal qui condamne l’auteur de l’infraction, mais nulle peine n’est une peine minimale à moins qu’elle ne soit déclarée telle.

Le juge qui détermine la peine peut prendre en considération les observations et les éléments de preuve que lui présentent les avocats (art. 723), mais il n’est aucunement lié par ceux-ci lorsqu’il

119

120

121

122

practice, it will generally be the offender who is best situated to convince the judge that a conditional sentence is indeed appropriate. Therefore, it would be in the offender's best interests to establish those elements militating in favour of a conditional sentence: see *Ursel, supra*, at pp. 264-65; *R. v. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (Ont. C.A.), at para. 26. For instance, the offender should inform the judge of his or her remorse, willingness to repair and acknowledgment of responsibility, and propose a plan of rehabilitation. The offender could also convince the judge that he or she would not endanger the safety of the community if appropriate conditions were imposed. It would be to the great benefit of the offender to make submissions in this regard. I would also note the importance of the role of the supervision officer in informing the judge on these issues.

E. Deference Owed to Sentencing Judges

123 In recent years, this Court has repeatedly stated that the sentence imposed by a trial court is entitled to considerable deference from appellate courts: see *Shropshire, supra*, at paras. 46-50; *M. (C.A.), supra*, at paras. 89-94; *McDonnell, supra*, at paras. 15-17 (majority); *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597, at paras. 18-19. In *M. (C.A.)*, at para. 90, I wrote:

Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit. Parliament explicitly vested sentencing judges with a discretion to determine the appropriate degree and kind of punishment under the *Criminal Code*. [Emphasis in original.]

124 Several provisions of Part XXIII confirm that Parliament intended to confer a wide discretion upon the sentencing judge. As a general rule, ss. 718.3(1) and 718.3(2) provide that the degree

prend sa décision. Cependant, en pratique, le délinquant est généralement celui qui est le mieux placé pour convaincre le juge que la l'emprisonnement avec sursis est effectivement une peine appropriée. Par conséquent, il est dans l'intérêt du délinquant de faire la preuve des éléments qui militent en faveur de l'application de cette sanction: voir *Ursel*, précité, aux pp. 264 et 265; *R. c. Fleet* (1997), 120 C.C.C. (3d) 457 (C.A. Ont.), au par. 26. Par exemple, le délinquant devrait indiquer au juge qu'il éprouve des remords, qu'il désire réparer les torts qu'il a causés et qu'il reconnaît sa responsabilité, en plus de proposer un plan visant à sa réinsertion sociale. Le délinquant pourrait également s'efforcer de convaincre le juge qu'il ne mettrait pas en danger la collectivité si des conditions appropriées étaient imposées. Le délinquant a tout avantage à présenter des observations sur ces questions. Je tiens également à souligner l'importance du rôle de l'agent de surveillance pour ce qui est de renseigner le juge à cet égard.

E. La norme de contrôle à l'égard de la peine infligée par le juge du procès

Au cours des dernières années, notre Cour a maintes fois réaffirmé que les cours d'appel doivent faire montre de beaucoup de retenue à l'égard de la peine infligée par le juge du procès: voir *Shropshire*, précité, aux par. 46 à 50; *M. (C.A.)*, précité, aux par. 89 à 94; *McDonnell*, précité, aux par. 15 à 17 (motifs de la majorité); *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, aux par. 18 et 19. Dans *M. (C.A.)*, j'ai écrit ceci, au par. 90:

Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée. Le législateur fédéral a conféré expressément aux juges chargés de prononcer les peines le pouvoir discrétionnaire de déterminer le genre de peine qui doit être infligée en vertu du *Code criminel* et l'importance de celle-ci. [Souligné dans l'original.]

Plusieurs dispositions de la partie XXIII confirment que le législateur a voulu conférer un large pouvoir discrétionnaire au juge qui détermine la peine. La règle générale se trouve aux par.

and kind of punishment to be imposed is left to the discretion of the sentencing judge. Moreover, the opening words of s. 718 specify that the sentencing judge must seek to achieve the fundamental purpose of sentencing “by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives” (emphasis added). In the context of the conditional sentence, s. 742.1 provides that the judge “may” impose a conditional sentence and enjoys a wide discretion in the drafting of the appropriate conditions, pursuant to s. 742.3(2).

Although an appellate court might entertain a different opinion as to what objectives should be pursued and the best way to do so, that difference will generally not constitute an error of law justifying interference. Further, minor errors in the sequence of application of s. 742.1 may not warrant intervention by appellate courts. Again, I stress that appellate courts should not second-guess sentencing judges unless the sentence imposed is demonstrably unfit.

As explained in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 91:

This deferential standard of review has profound functional justifications. As Iacobucci J. explained in *Shropshire*, at para. 46, where the sentencing judge has had the benefit of presiding over the trial of the offender, he or she will have had the comparative advantage of having seen and heard the witnesses to the crime. But in the absence of a full trial, where the offender has pleaded guilty to an offence and the sentencing judge has only enjoyed the benefit of oral and written sentencing submissions (as was the case in both *Shropshire* and this instance), the argument in favour of deference remains compelling. A sentencing judge still enjoys a position of advantage over an appellate judge in being able to directly assess the sentencing submissions of both the Crown and the offender. A sentencing judge also possesses the unique qualifications of experience and judgment from having served on the front lines of our criminal justice system. Perhaps most importantly, the sentencing judge will normally preside near or within the community which has suffered the conse-

718.3(1) et (2) qui prévoient que la décision quant au type de peine et à sa sévérité est laissée à l’appréciation du tribunal qui condamne le délinquant. De plus, les premiers mots de l’art. 718 précisent que le tribunal doit chercher à réaliser l’objectif essentiel du prononcé des peines «par l’infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants» (je souligne). Dans le contexte de l’emprisonnement avec sursis, l’art. 742.1 indique que le tribunal «peut» prononcer cette sanction et qu’il dispose d’un large pouvoir discrétionnaire pour l’établissement des conditions appropriées visées au par. 742.3(2).

Bien qu’une cour d’appel puisse ne pas avoir la même opinion que le juge du procès sur les objectifs qu’il convient de poursuivre et sur la meilleure façon de les réaliser, une telle divergence d’opinion ne constitue généralement pas une erreur de droit lui permettant d’intervenir. En outre, des erreurs mineures dans la séquence d’application de l’art. 742.1 ne justifient pas toujours l’intervention des cours d’appel. Encore une fois, je souligne que les cours d’appel ne doivent pas remettre en question la décision du juge qui prononce la peine à moins que celle-ci ne soit manifestement inappropriée.

Comme je l’ai expliqué dans *M. (C.A.)*, au par. 91:

Cette norme de contrôle, qui appelle à la retenue, a de profondes justifications fonctionnelles. Comme l’a expliqué le juge Iacobucci, au par. 46 de l’arrêt *Shropshire*, lorsque le juge qui inflige la peine a eu l’avantage de présider le procès du délinquant, il a alors profité de l’avantage comparatif d’avoir vu et entendu les témoins du crime. Toutefois, lorsqu’il n’y a pas procès complet, dans les cas où le contrevenant a plaidé coupable à une infraction et où le juge chargé de la détermination de la peine n’a bénéficié que d’observations orales et écrites sur cette question (comme ce fut le cas dans l’arrêt *Shropshire* et en l’espèce), les arguments appelant à la retenue restent convaincants. Le juge qui inflige la peine jouit d’un autre avantage par rapport au juge d’appel en ce qu’il peut apprécier directement les observations présentées par le ministère public et le contrevenant relativement à la détermination de la peine. Du fait qu’il sert en première ligne de notre système de justice pénale, il possède également une qualification unique sur le plan de l’expérience et de l’appréciation. Fait peut-être le

125

126

quences of the offender's crime. As such, the sentencing judge will have a strong sense of the particular blend of sentencing goals that will be "just and appropriate" for the protection of that community. The determination of a just and appropriate sentence is a delicate art which attempts to balance carefully the societal goals of sentencing against the moral blameworthiness of the offender and the circumstances of the offence, while at all times taking into account the needs and current conditions of and in the community. The discretion of a sentencing judge should thus not be interfered with lightly. [Emphasis added.]

This last justification is particularly relevant in the case of conditional sentences. Crafting appropriate conditions requires knowledge of both the needs and resources of the community.

VI. Summary

127 At this point, a short summary of what has been said in these reasons might be useful:

1. Bill C-41 in general and the conditional sentence in particular were enacted both to reduce reliance on incarceration as a sanction and to increase the use of principles of restorative justice in sentencing.

2. A conditional sentence should be distinguished from probationary measures. Probation is primarily a rehabilitative sentencing tool. By contrast, Parliament intended conditional sentences to include both punitive and rehabilitative aspects. Therefore, conditional sentences should generally include punitive conditions that are restrictive of the offender's liberty. Conditions such as house arrest should be the norm, not the exception.

3. No offences are excluded from the conditional sentencing regime except those with a minimum term of imprisonment, nor should there be pre-

plus important, le juge qui impose la peine exerce normalement sa charge dans la communauté qui a subi les conséquences du crime du délinquant ou à proximité de celle-ci. De ce fait, il sera à même de bien évaluer la combinaison particulière d'objectifs de détermination de la peine qui sera «juste et appropriée» pour assurer la protection de cette communauté. La détermination d'une peine juste et appropriée est un art délicat, où l'on tente de doser soigneusement les divers objectifs sociétaux de la détermination de la peine, eu égard à la culpabilité morale du délinquant et aux circonstances de l'infraction, tout en ne perdant jamais de vue les besoins de la communauté et les conditions qui y règnent. Il ne faut pas intervenir à la légère dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge chargé de la détermination de la peine. [Je souligne.]

Cette dernière justification est particulièrement pertinente dans le cas des condamnations à l'emprisonnement avec sursis. Pour établir les conditions appropriées, il faut connaître tant les besoins de la collectivité que les ressources dont elle dispose.

VI. Résumé

Il serait utile à ce moment-ci de résumer brièvement les présents motifs:

1. Le projet de loi C-41 en général et les dispositions créant la peine d'emprisonnement avec sursis en particulier ont été adoptés à la fois pour réduire le recours à l'incarcération comme sanction et pour élargir l'application des principes de la justice corrective au moment de la détermination de la peine.

2. L'emprisonnement avec sursis doit être distingué des mesures probatoires. La probation est principalement une mesure de réinsertion sociale. Par comparaison, le législateur a voulu que l'emprisonnement avec sursis vise à la fois des objectifs punitifs et des objectifs de réinsertion sociale. Par conséquent, une ordonnance de sursis à l'emprisonnement devrait généralement être assortie de conditions punitives restreignant la liberté du délinquant. Des conditions comme la détention à domicile devraient être la règle plutôt que l'exception.

3. Aucune infraction n'est exclue du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement à l'exception de celles pour lesquelles

sumptions in favour of or against a conditional sentence for specific offences.

4. The requirement in s. 742.1(a) that the judge impose a sentence of imprisonment of less than two years does not require the judge to first impose a sentence of imprisonment of a fixed duration before considering whether that sentence can be served in the community. Although this approach is suggested by the text of s. 742.1(a), it is unrealistic and could lead to unfit sentences in some cases. Instead, a purposive interpretation of s. 742.1(a) should be adopted. In a preliminary determination, the sentencing judge should reject a penitentiary term and probationary measures as inappropriate. Having determined that the appropriate range of sentence is a term of imprisonment of less than two years, the judge should then consider whether it is appropriate for the offender to serve his or her sentence in the community.

5. As a corollary of the purposive interpretation of s. 742.1(a), a conditional sentence need not be of equivalent duration to the sentence of incarceration that would otherwise have been imposed. The sole requirement is that the duration and conditions of a conditional sentence make for a just and appropriate sentence.

6. The requirement in s. 742.1(b) that the judge be satisfied that the safety of the community would not be endangered by the offender serving his or her sentence in the community is a condition precedent to the imposition of a conditional sentence, and not the primary consideration in determining whether a conditional sentence is appropriate. In making this determination, the judge should consider the risk posed by the specific offender, not the broader risk of whether the imposition of a conditional sentence would endanger the safety of the community by providing insufficient general deterrence or undermining general respect for the law. Two factors should be taken into account: (1) the risk of the offender re-offending; and (2) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. A consideration of the risk posed by

une peine minimale d'emprisonnement est prévue. De plus, il n'existe pas de présomption d'applicabilité ou d'inapplicabilité du sursis à l'emprisonnement à certaines infractions données.

4. L'exigence, à l'art. 742.1, que le juge inflige une peine d'emprisonnement de moins de deux ans ne signifie pas que celui-ci doit d'abord infliger un emprisonnement d'une durée déterminée avant d'envisager la possibilité que cette même peine soit purgée au sein de la collectivité. Bien que le texte de l'art. 742.1 suggère cette démarche, elle n'est pas réaliste et pourrait entraîner des peines inappropriées dans certains cas. Il faut plutôt donner une interprétation téléologique à l'art. 742.1. Dans un premier temps, le juge appelé à déterminer la peine doit avoir conclu que ni l'emprisonnement dans un pénitencier ni des mesures probatoires ne sont des sanctions appropriées. Après avoir déterminé que la peine appropriée est un emprisonnement de moins de deux ans, le juge se demande s'il convient que le délinquant purge sa peine dans la collectivité.

5. Comme corollaire de l'interprétation téléologique de l'art. 742.1, il n'est pas nécessaire qu'il y ait équivalence entre la durée de l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement et la durée de la peine d'emprisonnement qui aurait autrement été infligée. La seule exigence est que, par sa durée et les modalités dont elle est assortie, l'ordonnance de sursis soit une peine juste et appropriée.

6. L'exigence, à l'art. 742.1, que le juge soit convaincu que la sécurité de la collectivité ne serait pas mise en danger si le délinquant y purgeait sa peine est un préalable à l'octroi du sursis à l'emprisonnement, et non le principal élément à prendre en considération pour décider si cette sanction est appropriée. Pour évaluer le danger pour la collectivité, le juge prend en compte le risque que fait peser le délinquant en cause, et non le risque plus général évoqué par la question de savoir si l'octroi du sursis à l'emprisonnement mettrait en danger la sécurité de la collectivité en ne produisant pas un effet dissuasif général ou en compromettant le respect de la loi en général. Deux facteurs doivent être pris en compte: (1) le risque que le délinquant récidive; (2) la gravité du préjudice susceptible de découler d'une récidive. L'examen du risque que

the offender should include the risk of any criminal activity, and not be limited solely to the risk of physical or psychological harm to individuals.

7. Once the prerequisites of s. 742.1 are satisfied, the judge should give serious consideration to the possibility of a conditional sentence in all cases by examining whether a conditional sentence is consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2. This follows from Parliament's clear message to the judiciary to reduce the use of incarceration as a sanction.

8. A conditional sentence can provide significant denunciation and deterrence. As a general matter, the more serious the offence, the longer and more onerous the conditional sentence should be. There may be some circumstances, however, where the need for denunciation or deterrence is so pressing that incarceration will be the only suitable way in which to express society's condemnation of the offender's conduct or to deter similar conduct in the future.

9. Generally, a conditional sentence will be better than incarceration at achieving the restorative objectives of rehabilitation, reparations to the victim and the community, and promotion of a sense of responsibility in the offender and acknowledgment of the harm done to the victim and the community.

10. Where a combination of both punitive and restorative objectives may be achieved, a conditional sentence will likely be more appropriate than incarceration. Where objectives such as denunciation and deterrence are particularly pressing, incarceration will generally be the preferable sanction. This may be so notwithstanding the fact that restorative goals might be achieved. However, a conditional sentence may provide sufficient denunciation and deterrence, even in cases in which restorative objectives are of lesser importance, depending on the nature of the conditions imposed, the duration of the sentence, and the

fait peser le délinquant doit inclure les risques créés par toute activité criminelle, et ne doit pas se limiter exclusivement aux risques d'atteinte à l'intégrité physique ou psychologique de la personne.

7. Dans tous les cas où les préalables prévus par l'art. 742.1 sont réunis, le tribunal doit envisager sérieusement la possibilité de prononcer l'emprisonnement avec sursis en se demandant si pareille sanction est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2. Cette conclusion découle du message clair que le législateur a lancé au tribunaux, savoir qu'il faut réduire le recours à l'incarcération comme sanction.

8. L'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dénonciateur et dissuasif appréciable. En règle générale, plus l'infraction est grave, plus la durée de l'ordonnance de sursis devrait être longue et les conditions de celle-ci rigoureuses. Toutefois, il peut survenir des cas où le besoin de dénonciation ou de dissuasion est si pressant que l'incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l'égard du comportement du délinquant ou pour décourager des comportements analogues dans le futur.

9. L'emprisonnement avec sursis est généralement plus propice que l'incarcération à la réalisation des objectifs correctifs de réinsertion sociale des délinquants, de réparation par ceux-ci des torts causés aux victimes et à la collectivité et de prise de conscience par les délinquants de leurs responsabilités, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

10. Lorsqu'il est possible de combiner des objectifs punitifs et des objectifs correctifs, l'emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement une sanction plus appropriée que l'incarcération. Lorsque des objectifs tels que la dénonciation et la dissuasion sont particulièrement pressants, l'incarcération sera généralement la sanction préférable, et ce en dépit du fait que l'emprisonnement avec sursis pourrait permettre la réalisation d'objectifs correctifs. Cependant, selon la nature des conditions imposées dans l'ordonnance de sursis, la durée de celle-ci et la situation du délinquant et de la collectivité au sein de laquelle il purgera sa peine, il est

circumstances of both the offender and the community in which the conditional sentence is to be served.

11. A conditional sentence may be imposed even where there are aggravating circumstances, although the need for denunciation and deterrence will increase in these circumstances.

12. No party is under a burden of proof to establish that a conditional sentence is either appropriate or inappropriate in the circumstances. The judge should consider all relevant evidence, no matter by whom it is adduced. However, it would be in the offender's best interests to establish elements militating in favour of a conditional sentence.

13. Sentencing judges have a wide discretion in the choice of the appropriate sentence. They are entitled to considerable deference from appellate courts. As explained in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 90: "Put simply, absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit".

VII. Application to the Case at Hand

In the case at hand, Keyser J. considered that a term of imprisonment of 18 months was appropriate and declined to permit the respondent to serve his term in the community. She found that, while the respondent would not endanger the safety of the community by serving a conditional sentence, such a sentence would not be in conformity with the objectives of s. 718. In her view, even if incarceration was not necessary to deter the respondent from similar future conduct or necessary for his rehabilitation, incarceration was necessary to denounce the conduct of the respondent and to deter others from engaging in similar conduct.

possible que l'emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs correctifs présentent moins d'importance.

11. Le sursis à l'emprisonnement peut être octroyé même dans les cas où il y a des circonstances aggravantes, quoique la présence de telles circonstances augmente le besoin de dénonciation et de dissuasion.

12. Aucune partie n'a la charge d'établir si l'emprisonnement avec sursis est une sanction appropriée ou non dans les circonstances. Le juge doit prendre en considération tous les éléments de preuve pertinents, peu importe qui les a produits. Toutefois, il est dans l'intérêt du délinquant de faire la preuve des éléments militant en faveur de l'octroi du sursis à l'emprisonnement.

13. Les juges disposent d'un large pouvoir discrétionnaire pour choisir la peine appropriée. Les cours d'appel doivent faire montre de beaucoup de retenue à l'égard de ce choix. Comme il a été expliqué dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 90: «Plus simplement, sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée».

VII. Application au présent cas

En l'espèce, Madame le juge Keyser a estimé qu'un emprisonnement de 18 mois était une peine appropriée et elle a refusé de permettre à l'intimé de purger sa peine au sein de la collectivité. Elle a jugé que le fait que l'intimé purge sa peine d'emprisonnement avec sursis au sein de la collectivité ne mettrait pas en danger la sécurité de celle-ci, mais qu'une telle sanction ne serait pas conforme aux objectifs visés à l'art. 718. À son avis, même si l'incarcération n'était pas indispensable pour dissuader l'intimé de récidiver ou pour favoriser sa réinsertion sociale, elle était toutefois nécessaire pour dénoncer le comportement de l'intimé et pour dissuader d'autres personnes de se comporter pareillement.

129

While Keyser J. seems to have proceeded according to a rigid two-step process, in deviation from the approach I have set out, I am not convinced that an 18-month sentence of incarceration was demonstrably unfit for these offences and this offender. I point out that the offences here were very serious, and that they had resulted in a death and in severe bodily harm. Moreover, dangerous driving and impaired driving may be offences for which harsh sentences plausibly provide general deterrence. These crimes are often committed by otherwise law-abiding persons, with good employment records and families. Arguably, such persons are the ones most likely to be deterred by the threat of severe penalties: see *R. v. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145 (Ont. C.A.), at p. 150; *R. v. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344 (Ont. C.A.), at paras. 18-24; *R. v. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541 (C.A.), at pp. 542-43.

130

I hasten to add that these comments should not be taken as a directive that conditional sentences can never be imposed for offences such as dangerous driving or impaired driving. In fact, were I a trial judge, I might have found that a conditional sentence would have been appropriate in this case. The respondent is still very young, he had no prior record and no convictions since the accident, he seems completely rehabilitated, he wants to go back to school, he has already suffered a lot by causing the death of a friend and was himself in a coma for some time. To make sure that the objectives of denunciation and general deterrence would have been sufficiently addressed, I might have imposed conditions such as house arrest and a community service order requiring the offender to speak to designated groups about the consequences of dangerous driving, as was the case in *Parker*, *supra*, at p. 239, and *R. v. Hollinsky* (1995), 103 C.C.C. (3d) 472 (Ont. C.A.).

Quoique, en l'occurrence, le juge Keyser semble avoir suivi une démarche rigide en deux étapes distinctes contrairement à l'approche que j'ai exposée, je ne suis pas convaincu qu'une peine de 18 mois d'emprisonnement était manifestement inappropriée pour les infractions en cause et le délinquant concerné. Je souligne que ces infractions étaient très graves et qu'elles ont causé un décès et des lésions corporelles graves. De plus, il est possible que la conduite dangereuse et la conduite avec les facultés affaiblies soient des infractions à l'égard desquelles il est plus plausible que l'infliction de peines sévères ait un effet dissuasif général. Souvent, ces crimes sont commis par des citoyens qui respectent par ailleurs la loi, qui sont de bons travailleurs et qui ont un conjoint et des enfants. Il est possible de supposer qu'il s'agit là des personnes les plus susceptibles d'être dissuadées par la menace de peines sévères: *R. c. McVeigh* (1985), 22 C.C.C. (3d) 145 (C.A. Ont.), à la p. 150; *R. c. Biancofiore* (1997), 119 C.C.C. (3d) 344 (C.A. Ont.), aux par. 18 à 24; *R. c. Blakeley* (1998), 40 O.R. (3d) 541 (C.A.), aux pp. 542 et 543.

Je m'empresse toutefois d'ajouter qu'il ne faut pas voir dans ces observations une directive indiquant que l'emprisonnement avec sursis ne peut jamais être prononcé à l'égard d'infractions comme la conduite dangereuse et la conduite avec les facultés affaiblies. En fait, si j'avais présidé ce procès, j'aurais peut-être jugé qu'il s'agissait de la peine appropriée en l'espèce. L'intimé est encore très jeune, il n'avait pas d'antécédents judiciaires et n'a fait l'objet d'aucune déclaration de culpabilité depuis l'accident, il semble avoir réussi sa réinsertion sociale, il veut reprendre ses études, il a beaucoup souffert d'avoir causé la mort d'un ami et il a lui-même été dans le coma pendant quelque temps. Pour répondre adéquatement aux objectifs de dénonciation et de dissuasion générale, j'aurais peut-être imposé des conditions telles que la détention à domicile et rendu une ordonnance de service communautaire intimant au délinquant de parler devant des groupes désignés des conséquences de la conduite dangereuse, comme l'a fait le tribunal dans les affaires *Parker*, précité, à la p. 239, et *R. c. Hollinsky* (1995), 103 C.C.C. (3d) 472 (C.A. Ont.).

However, trial judges are closer to their community and know better what would be acceptable to their community. Absent evidence that the sentence imposed by the trial judge was demonstrably unfit, the Court of Appeal should not have interfered to substitute its own opinion for that of the sentencing judge. The trial judge did not commit a reversible error in principle and she appropriately considered all the relevant factors. Although the Court of Appeal's decision is entitled to some deference (see the companion appeal *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8, at paras. 20-21), in my opinion it erred in holding that the sentencing judge had given undue weight to the objective of denunciation. I see no ground for the Court of Appeal's intervention.

VIII. Disposition

I would allow the appeal. Accordingly, the 18-month sentence of incarceration imposed by the trial judge should be restored. However, given that the respondent has already served the conditional sentence imposed by the Court of Appeal in its entirety, and that the Crown stated in oral argument that it was not seeking any further punishment, I would stay the service of the sentence of incarceration.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Killeen Chapman Garreck, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Toutefois, les juges qui président les procès vivent plus près de leur collectivité et savent davantage ce qui y serait acceptable. En l'absence de preuve que la peine infligée par le juge du procès était manifestement inappropriée, la Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir et substituer sa propre opinion à celle du juge qui a prononcé la peine. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe justifiant l'infirmité de sa décision et a tenu compte de tous les facteurs pertinents. Bien qu'il faille démontrer une certaine retenue à l'endroit de la décision de la Cour d'appel (voir *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8, aux par. 20 et 21), je suis d'avis que celle-ci a commis une erreur en statuant que le juge du procès avait accordé trop de poids à l'objectif de dénonciation. Je ne vois aucune raison justifiant l'intervention de la Cour d'appel.

VIII. Le dispositif

J'accueillerais le pourvoi. En conséquence, la peine de 18 mois d'incarcération infligée par le juge du procès devrait être rétablie. Toutefois, étant donné que l'intimé a déjà purgé entièrement la peine d'emprisonnement avec sursis infligée par la Cour d'appel et que le ministère public a concédé au cours des plaidoiries qu'il ne sollicitait pas de sanction additionnelle, je surseoirais à l'exécution de la peine d'incarcération.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Justice Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Killeen Chapman Garreck, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

L.F.W. *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the
Attorney General for Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. L.F.W.

Neutral citation: 2000 SCC 6.

File No.: 26329.

1999: May 25, 26; 2000: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused convicted of indecent assault and gross indecency and receiving 21-month conditional sentence — Whether Court of Appeal erred in affirming trial judge's decision to impose conditional sentence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

The accused was convicted of one count of indecent assault and one count of gross indecency. The offences were committed between 1967 and 1973 and, at the time, the victim was between 6 and 12 and the accused was between 22 and 28 years old. The trial judge sentenced the accused to a 21-month conditional sentence. The Crown appealed, seeking a 21-month term of incarceration. A majority of the Newfoundland Court of Appeal dismissed the appeal.

Held on equal division (L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ.: In *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, this Court set out the principles governing the conditional

*Cory J. took no part in the judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

L.F.W. *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada et le
procureur général de l'Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. L.F.W.

Référence neutre: 2000 CSC 6.

N° du greffe: 26329.

1999: 25, 26 mai; 2000: 31 janvier.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur et de grossière indécence et condamné à une peine d'emprisonnement de 21 mois avec sursis — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de prononcer l'emprisonnement avec sursis? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

L'accusé a été déclaré coupable d'un chef d'attentat à la pudeur et d'un chef de grossière indécence. Les infractions ont été commises de 1967 à 1973. Lorsqu'elles ont commencé, la victime avait 6 ans et l'accusé en avait 22, et lorsqu'elles ont cessé elle avait 12 ans et lui 28 ans. Le juge du procès a condamné l'accusé à 21 mois d'emprisonnement avec sursis. Le ministère public a interjeté appel de cette décision, sollicitant plutôt 21 mois d'incarcération. La Cour d'appel de Terre-Neuve à la majorité a rejeté l'appel.

Arrêt, la Cour est également partagée (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Bastarache sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci, Major et Binnie: Dans l'arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, notre Cour a expliqué les principes qui

*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

sentencing regime of the *Criminal Code*. The sentence imposed by a trial judge is entitled to considerable deference from appellate courts. In the present case, although the accused committed very serious offences, the conditional sentence imposed by the trial judge was nevertheless within the acceptable range of sentences that could have been imposed in the circumstances. The trial judge's reasons were very thorough, taking into consideration all relevant sentencing principles, including denunciation and deterrence. A conditional sentence can provide significant denunciation and deterrence, particularly when onerous conditions are imposed. The trial judge was well positioned to assess the degree of denunciation and deterrence required in the circumstances and that would be provided by the conditional sentence he imposed. He also imposed conditions capable of achieving restorative objectives. Where a combination of both punitive and restorative objectives may be achieved, a conditional sentence will likely be more appropriate than incarceration. Since the trial judge committed no reversible error in principle and thoroughly considered all appropriate factors, there is no reason to disturb the sentence.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ. (dissenting): There is disagreement with the majority's application of the principles of sentencing as set out in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, to the facts at hand. In this case, a conditional sentence of 21 months was a demonstrably unfit sentence. In deciding that a conditional sentence was appropriate, the trial judge overemphasized restorative objectives, while giving inordinately little weight to the principles of denunciation and general deterrence. The principle of denunciation weighs particularly heavily in cases of offences perpetrated against children by adults in positions of trust and authority. The trial judge did not give sufficient weight to the moral blameworthiness of the offender in disregard of the proportionality principle. Even taking into account the deference owed to trial judges' discretion in sentencing, the conditional sentence should not stand. The passing of the sentence of incarceration should, however, be stayed as the offender

régissent le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement prévu par le *Code criminel*. Les cours d'appel doivent faire montre de beaucoup de retenue à l'égard de la peine infligée par le juge du procès. En l'espèce, bien que l'accusé ait commis des infractions très graves, l'emprisonnement avec sursis prononcé par le juge du procès se situait néanmoins dans la fourchette des peines qui pouvaient être prononcées dans les circonstances. Le juge du procès a rédigé des motifs très fouillés, qui tiennent compte de tous les principes pertinents de détermination de la peine, y compris la dénonciation et la dissuasion. L'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dénonciateur et dissuasif appréciable, en particulier quand l'ordonnance de sursis est assortie de conditions rigoureuses. Le juge du procès était bien placé pour apprécier le degré de dénonciation et de dissuasion que commandaient les circonstances et qui serait assuré par la peine d'emprisonnement avec sursis qu'il prononçait. Il a également imposé des conditions propres à la réalisation d'objectifs correctifs. Lorsqu'il est possible de combiner des objectifs punitifs et des objectifs correctifs, l'emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement une sanction plus appropriée que l'incarcération. Comme le juge du procès n'a pas commis d'erreur de principe justifiant l'infirmité de sa décision et comme il a soigneusement considéré tous les facteurs pertinents, il n'y a pas lieu de modifier la sentence.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Bastarache (dissidents): Il y a désaccord quant à l'application par les juges majoritaires, aux faits de la présente affaire, des principes régissant la détermination de la peine expliqués dans l'arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5. En l'espèce, un emprisonnement de 21 mois avec sursis constituait une peine manifestement inappropriée. Le juge du procès a trop insisté sur les objectifs de justice corrective et a accordé trop peu d'importance aux principes de dénonciation et de dissuasion générale lorsqu'il a décidé que l'emprisonnement avec sursis était une peine appropriée. Le principe de dénonciation revêt une importance particulièrement grande dans les cas d'infractions perpétrées contre des enfants par des adultes en situation de confiance ou d'autorité. Le juge du procès n'a pas accordé suffisamment d'importance à la culpabilité morale du délinquant, dérogeant ainsi au principe de la proportionnalité. Même en tenant compte de la retenue judiciaire dont il convient de faire preuve à l'égard de l'exercice, par les juges présidant les procès, de leur pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine, la peine d'emprisonnement avec sursis ne devrait pas être maintenue. Comme le délinquant a maintenant purgé au

has now served his 21-month conditional sentence in full.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; **referred to:** *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8; *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Proulx, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Oliver* (1997), 99 O.A.C. 234; *R. v. Alfred* (1998), 122 C.C.C. (3d) 213; *R. v. D. (P.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 274; *R. v. R.R.E.*, [1998] O.J. No. 2226 (QL); *R. v. P.M.*, [1999] O.J. No. 421 (QL); *R. v. I.*, [1998] O.J. No. 5713 (QL); *R. v. Cuthbert* (1998), 101 B.C.A.C. 147.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], ss. 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 742.1 [am. 1997, c. 18, s. 107.1], 742.3(1).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115, 481 A.P.R. 115, 119 C.C.C. (3d) 97, [1997] N.J. No. 234 (QL), dismissing the Crown's appeal from a sentence of 21 months' imprisonment to be served in the community imposed by Mercer J. (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 298, 456 A.P.R. 298, [1996] N.J. No. 330 (QL). Appeal dismissed on equal division, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ. dissenting.

Wayne Gorman, for the appellant.

Robert E. Simmonds and *Jerome P. Kennedy*, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

complet sa peine d'emprisonnement avec sursis de 21 mois, il y a lieu de surseoir au prononcé de la peine d'incarcération.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; **arrêts mentionnés:** *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8; *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227.

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

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Oliver* (1997), 99 O.A.C. 234; *R. c. Alfred* (1998), 122 C.C.C. (3d) 213; *R. c. D. (P.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 274; *R. c. R.R.E.*, [1998] O.J. No. 2226 (QL); *R. c. P.M.*, [1999] O.J. No. 421 (QL); *R. c. I.*, [1998] O.J. No. 5713 (QL); *R. c. Cuthbert* (1998), 101 B.C.A.C. 147.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie XXIII [rempl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 742.1 [rempl. 1997, ch. 18, art. 107.1], 742.3(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115, 481 A.P.R. 115, 119 C.C.C. (3d) 97, [1997] N.J. No. 234 (QL), qui a rejeté l'appel du ministère public contre la peine de 21 mois d'emprisonnement à purger dans la collectivité infligée par le juge Mercer (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 298, 456 A.P.R. 298, [1996] N.J. No. 330 (QL). Pourvoi rejeté, la Cour est également partagée, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Bastarache sont dissidents.

Wayne Gorman, pour l'appelante.

Robert E. Simmonds et *Jerome P. Kennedy*, pour l'intimé.

S. Ronald Fainstein, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Kenneth L. Campbell and Gregory J. Tweney,
for the intervener the Attorney General for
Ontario.

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

THE CHIEF JUSTICE — This is a Crown appeal from a decision of the Newfoundland Court of Appeal affirming the respondent's conditional sentence. This case was heard together with the appeals in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8, and *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9. In disposing of this appeal I will apply the general principles governing the conditional sentencing regime set out in *Proulx* to the facts of this case.

I. Factual Background

The respondent was convicted of one count of indecent assault and one count of gross indecency. The offences were committed on the respondent's first cousin and next-door neighbour M.W. between October 1967 and July 1973 in the rural community of Bay de Verde, Newfoundland. At the time, M.W. was between 6 and 12 years old while the respondent was between 22 and 28 years old. There were 10 to 12 incidents, involving forced masturbation and fellatio. Most of the incidents occurred in a locked shed next to their homes. The complainant was warned not to tell anyone about what transpired, particularly her parents. The respondent told M.W. that he had a gun, leading her to believe that her family would be endangered if she told anyone about the events.

In her victim impact statement the complainant described the consequences of the abuse she suffered. Her childhood and adolescent years were marred by feelings of shame, isolation, and low self-esteem. These feelings stood in the way of her confiding in her family and thereby accentuated

Kenneth L. Campbell et Gregory J. Tweney,
pour l'intervenant le procureur général de
l'Ontario.

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

LE JUGE EN CHEF — Le ministère public se pourvoit en l'espèce contre l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve qui a confirmé la condamnation à l'emprisonnement avec sursis prononcée contre l'intimé. Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les affaires *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8, et *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9. Je vais trancher le présent pourvoi en appliquant les principes généraux dégagés dans l'arrêt *Proulx* à l'égard du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement.

I. Les faits

L'intimé a été déclaré coupable d'un chef d'attentat à la pudeur et d'un chef de grossière indécence. Ces infractions ont été commises d'octobre 1967 à juillet 1973 contre M.W., sa cousine germaine habitant la maison voisine de la sienne, dans la collectivité rurale de Bay de Verde à Terre-Neuve. Lorsque ces sévices ont commencé, M.W. avait 6 ans et l'intimé 22 ans; lorsqu'ils ont cessé, elle en avait 12 et lui 28. Il y a eu 10 à 12 événements comportant des actes de masturbation et de fellation forcées. La plupart de ces événements ont eu lieu dans une remise fermée à clé, à proximité de leur domicile respectif. L'intimé avait averti la plaignante de n'en rien dire à personne, surtout pas à ses parents. Il lui avait dit qu'il possédait une arme à feu, l'amenant à croire que sa famille serait en danger si elle parlait à quiconque de ce qui se passait.

Dans sa déclaration de victime, la plaignante a décrit les conséquences des sévices qu'elle a subis. Ses années d'enfance et d'adolescence ont été gâchées par des sentiments de honte, d'isolement et de dévalorisation qui l'empêchaient de se confier à sa famille et, de ce fait, aggravaient le stress

1

2

3

her stress. She also experienced difficulties in her marriage, finding it difficult to be sexually intimate with her husband. The birth of her son intensified her feelings of fear, confusion, and pain, as she found it difficult to change his diapers and toilet train him. In 1995, with her husband's support, she contacted the RCMP. The indictment was filed over 20 years after the offences were committed.

4 The respondent, a widower, had four children and has resided in Bay de Verde his whole life, except for three years spent in the armed forces. He had no criminal record and a good work record. He was close to and had the support of his four children, whom he had provided for throughout their lives. Letters from the mayor of Bay de Verde, a former postmaster and parish priest entered by consent at the sentencing hearing attested to his good character and reputation in the community. The respondent acknowledged a problem with alcohol in the past, around the time the offences were committed, but had abstained from drinking for approximately 20 years.

5 The respondent was sentenced to a 21-month conditional sentence. The Crown appealed, seeking a 21-month term of incarceration. A majority of the Newfoundland Court of Appeal dismissed the appeal. Cameron J.A. dissenting, would have ordered the respondent to serve the remainder of his sentence in prison. The Crown sought leave to appeal to this Court.

II. Relevant Statutory Provisions

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

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

(a) to denounce unlawful conduct;

qu'elle vivait. Son mariage s'en est également ressenti, puisqu'elle trouvait difficile d'avoir des rapports sexuels avec son mari. La naissance de son fils a intensifié ses sentiments de crainte, de confusion et de douleur, car elle trouvait difficile de lui changer ses couches et de lui apprendre la propreté. En 1995, avec le soutien de son mari, elle a contacté la GRC. L'acte d'accusation a été déposé plus de 20 ans après les infractions en question.

L'intimé, qui est veuf et a quatre enfants, a habité toute sa vie à Bay de Verde, sauf pour les trois années qu'il a servi dans les Forces armées. Il avait un casier judiciaire vierge et un bon dossier professionnel. Il avait le soutien de ses quatre enfants, dont il était proche et aux besoins desquels il a toujours subvenu. À l'audience de détermination de la peine, des lettres émanant du maire de Bay de Verde, d'un ancien maître de poste et du prêtre de la paroisse, attestant de la moralité de l'intimé et de la considération dont il jouissait dans la collectivité, ont été versées au dossier avec le consentement du ministère public. L'intimé a reconnu qu'il avait eu des problèmes d'alcoolisme dans le passé, à peu près à l'époque des infractions en cause, mais qu'il avait cessé de boire depuis environ 20 ans.

L'intimé a été condamné à 21 mois d'emprisonnement avec sursis. Le ministère public a interjeté appel de cette décision, sollicitant plutôt 21 mois d'incarcération. La Cour d'appel de Terre-Neuve à la majorité a rejeté l'appel. Madame le juge Cameron, dissidente, aurait ordonné que l'intimé purge le reste de sa peine en prison. Le ministère public a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

a) dénoncer le comportement illégal;

(b) to deter the offender and other persons from committing offences;

(c) to separate offenders from society, where necessary;

(d) to assist in rehabilitating offenders;

(e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

(f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

(i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,

(iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;

c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;

d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

(i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard;

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

III. Judgments Below

A. *Supreme Court of Newfoundland, Trial Division* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 298

7

In his reasons for sentence, Mercer J. reviewed the various aggravating and mitigating circumstances in the case. Aggravating factors were the victim's age, the fact that the crimes were repeated, the harmful impact on the victim, and the abuse of a relationship of familial trust. Mitigating factors were the absence of further criminal conduct and the respondent's good reputation in the community. He agreed with counsel that the appropriate length of sentence was between 18 and 24 months, and concluded that a sentence of 21 months' imprisonment was appropriate.

8

Mercer J. then considered whether a conditional sentence should be imposed. He was satisfied by the evidence at trial, the information contained in a pre-sentence report, and various letters of reference that there was no appreciable risk of criminal conduct by the offender if he served his sentence in the community. Over a quarter of a century had

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance* (1996), 146 Nfld. & P.E.I.R. 298

Dans les motifs justifiant la peine qu'il infligeait, le juge Mercer a examiné les diverses circonstances aggravantes et atténuantes. Les circonstances aggravantes étaient l'âge de la victime, le caractère répétitif du crime, ses conséquences néfastes pour la victime et le fait que l'intimé avait commis un abus de confiance à l'endroit d'une personne avec laquelle il avait des liens de parenté. Les circonstances atténuantes étaient que l'intimé n'avait pas commis d'autres crimes par la suite et qu'il jouissait de la considération de la collectivité. Convenant avec les avocats qu'une peine d'emprisonnement de 18 à 24 mois était indiquée, le juge a estimé qu'un emprisonnement de 21 mois était une peine appropriée.

Le juge Mercer s'est ensuite demandé s'il y avait lieu d'octroyer le sursis à l'emprisonnement. Il a dit être convaincu, sur la foi de la preuve présentée au procès, des renseignements figurant dans le rapport présentenciel ainsi que des diverses lettres d'appui produites, qu'il n'y avait aucun risque appréciable de comportement criminel de la

passed since the offences occurred without any related criminal activity by the respondent, who had led a productive life. Incarceration was, therefore, not needed for specific deterrence of the offender despite the absence of expressed remorse.

In determining whether to exercise the discretion to impose a conditional sentence, the trial judge also considered the principles of denunciation and general deterrence. In that regard, he stated that the stigma of trial and conviction should not be minimized, and that a conditional sentence may indeed serve the purposes of denunciation and general deterrence if meaningful conditions are imposed and enforced. He also found that a community service order was appropriate in this case. The respondent was proficient in construction and had previously performed valuable volunteer work in the community utilizing that skill.

Accordingly, he ordered the respondent to serve a sentence of 21 months' imprisonment, to be served in the community. Aside from the mandatory statutory conditions imposed pursuant to s. 742.3(1) of the *Criminal Code*, Mercer J. ordered that the respondent (1) abstain from the consumption of alcohol or drugs, (2) attend sex-offender counselling if required by his supervisor, (3) not associate with M.W. or her immediate family except at their request, (4) perform up to 150 hours of community service if so directed by his supervisor, and (5) remain under house arrest subject to specified exceptions.

B. *Newfoundland Court of Appeal* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115

(1) Marshall J.A. for the majority

Marshall J.A. (Green J.A. concurring) began by reviewing the principles governing the conditional

part de l'intimé s'il purgeait sa peine au sein de la collectivité. Plus d'un quart de siècle s'était écoulé sans qu'aucune autre infraction du genre n'ait été commise par l'intimé, qui avait par ailleurs mené une vie productive. L'incarcération n'était donc pas nécessaire à titre de mesure de dissuasion visant spécifiquement l'intimé, malgré l'absence de manifestation de remords par ce dernier.

Lorsqu'il a décidé s'il était opportun qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire pour octroyer le sursis à l'emprisonnement, le juge du procès a également pris en compte les principes de dénonciation et de dissuasion générale. À ce propos, il a fait observer qu'il ne fallait pas minimiser les stigmates du procès et de la déclaration de culpabilité, et que l'emprisonnement avec sursis pouvait effectivement répondre au besoin de dénonciation et de dissuasion générale si des conditions rigoureuses étaient imposées et appliquées. Il a également estimé qu'une ordonnance de service communautaire était appropriée en l'espèce. En effet l'intimé était habile dans les travaux de construction et avait déjà accompli bénévolement des travaux utiles à la collectivité dans ce domaine.

En conséquence, il a condamné l'intimé à purger 21 mois d'emprisonnement au sein de la collectivité. En sus des conditions obligatoires prévues au par. 742.3(1) du *Code criminel*, il a ordonné à l'intimé (1) de s'abstenir de consommer de l'alcool ou des drogues; (2) de participer, sur demande en ce sens de son agent de surveillance, à des séances de counseling pour délinquants sexuels; (3) de se tenir à l'écart de M.W. ou de la famille immédiate de cette dernière, à moins que ces personnes ne demandent à le rencontrer; (4) d'accomplir, sur demande en ce sens de son agent de surveillance, au plus 150 heures de service communautaire; et (5) de demeurer en détention à domicile, sous réserve des exceptions prévues.

B. *Cour d'appel de Terre-Neuve* (1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115

(1) Le juge Marshall, au nom de la majorité

Après avoir examiné les principes régissant le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, le

sentencing regime. He then turned to consider the Crown's argument that sexual offences against children merit incarceration except in the rarest and most exceptional cases. He found that the Crown's argument failed on three fronts. In the first place, the argument assumed that deterrence and denunciation could not be achieved through a conditional sentence, and reflected the traditional mind set that those objectives could only be achieved through incarceration in a jail. That was not a tenable position, in his view. As the trial judge observed, the denunciatory and general deterrent effect of a conditional sentence ought not to be underestimated. Not only may the offender's freedom be severely limited, but his continued presence in the community, detained at home and bearing the stigma of conviction, is calculated to serve as a daily deterrent to any like-minded person and to have real denunciatory consequences. These effects may perhaps be considered all the more pronounced in the rural setting from which the respondent came.

juge Marshall (aux motifs duquel a souscrit le juge Green) s'est penché sur l'argument du ministère public selon lequel les infractions sexuelles contre des enfants commandent l'incarcération, sauf dans des cas très rares et très exceptionnels. Il a trouvé cet argument défectueux à trois égards. Tout d'abord, cet argument présupposait que l'emprisonnement avec sursis n'avait pas d'effets dissuasifs et dénonciateurs, reflétant ainsi l'attitude traditionnelle selon laquelle seule l'incarcération permet la réalisation de ces objectifs. À son avis, cette thèse était insoutenable. Comme a fait observer le juge du procès, il ne faut pas sous-estimer l'effet de dénonciation et de dissuasion générale de l'emprisonnement avec sursis. Non seulement la liberté du délinquant peut-elle être sérieusement limitée, mais sa présence constante au sein de la collectivité, en détention à domicile et marqué par les stigmates de la déclaration de culpabilité, visait à servir de mesures quotidiennes de dissuasion pour les personnes ayant les mêmes propensions et à produire des effets dénonciateurs concrets. Il est permis de penser que ces effets sont encore plus marqués dans le milieu rural où vit l'intimé.

12 The second weakness in the Crown's argument was that it presupposed that nothing had really changed in the sentencing process. Marshall J.A. said that it was a mistake to depict the new provisions as making no changes. Part XXIII now contains the new option of conditional sentencing that was not part of the process before. While the stance that deterrence and denunciation are prime considerations in child sexual abuse cases is still operative, the option of serving sentences in the community under strict conditions is now available in certain circumstances to give effect to those ends.

La deuxième faiblesse de l'argument du ministère public est qu'il présupposait que rien n'avait vraiment changé dans le processus de détermination de la peine. Le juge Marshall a affirmé qu'il était erroné de dire que les nouvelles dispositions n'apportaient aucun changement. La partie XXIII comprend maintenant une nouvelle peine, l'emprisonnement avec sursis, qui ne faisait pas partie jusque-là des sanctions à la disposition du tribunal dans le cadre du processus de la détermination de la peine. Bien que la position selon laquelle la dissuasion et la dénonciation sont des considérations primordiales dans les affaires d'exploitation sexuelle d'enfants soit toujours valide, il est maintenant possible, en vue de donner effet à ces objectifs, de condamner dans certains cas les délinquants à purger leur peine au sein de la collectivité sous des conditions strictes.

13 Finally, the Crown's position was flawed insofar as it attempted to set up certain categories of offences whose gravity is such that they will never, or rarely ever, be punishable by a conditional

Enfin, l'argument du ministère public était indéfendable en ce qu'il tendait à écarter certaines catégories d'infractions dont la gravité serait telle qu'elles ne seraient jamais, ou presque, punissables

sentence notwithstanding the length of imprisonment imposed. As the trial judge underscored, however, this is a restriction that Parliament chose not to impose. Marshall J.A. found that it was neither within the province of the courts to exempt certain categories of offences from the new conditional sentencing option, nor to impose more rigorous standards for its application to them, on grounds that the gravity of a given crime accentuates the imperatives of deterrence and denunciation to such a level that only incarceration in a penal institution will adequately address them. The role of the courts, as directed by the legislation, was rather to examine the specific circumstances of each offence and offender, while screening them through the requirement that a conditional sentence be consistent with the principles of sentencing to determine if service of the sentence in the community can, nevertheless, be justified.

Marshall J.A. found that appellate courts should not intervene to vary a sentence unless the sentence was clearly unreasonable. The gist of the Crown's challenge was that the trial judge did not place sufficient weight on the principles of denunciation and deterrence. In this case, the trial judge exercised his discretion to impose a conditional sentence after a full and careful consideration of all factors and principles, including deterrence and denunciation. Accordingly, there was no reason to vary the original sentence, and Marshall J.A. dismissed the appeal.

(2) Cameron J.A. (dissenting)

Cameron J.A. began by reviewing the conditional sentencing provisions, and was in basic agreement with the majority's approach to their interpretation. She noted that Parliament did not exclude any offences from the conditional sentencing regime except those with a minimum term of imprisonment. However, she found that the circumstances of a particular offence or offender may

de l'emprisonnement avec sursis, peu importe la durée de la peine. Cependant, comme l'a souligné le juge du procès, il s'agit là d'une restriction que le législateur a choisi de ne pas imposer. Le juge Marshall a estimé qu'il n'appartenait pas aux tribunaux d'exclure certaines catégories d'infractions du champ d'application du nouveau régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement ou encore de subordonner son application à de telles infractions à des normes plus rigoureuses pour le motif que la gravité d'un crime donné élève les impératifs de dissuasion et de dénonciation à un niveau tel que seule l'incarcération permet d'y répondre adéquatement. Selon lui, le rôle que confèrent les dispositions législatives aux tribunaux consiste plutôt à examiner les circonstances propres à chaque infraction et à chaque délinquant — à la lumière de l'exigence selon laquelle l'octroi du sursis à l'emprisonnement doit être conforme aux principes de détermination de la peine — afin de décider s'il est néanmoins justifié de faire purger au délinquant sa peine dans la collectivité.

Le juge Marshall a estimé que les cours d'appel ne devraient pas intervenir pour modifier la peine qui a été prononcée, à moins que celle-ci ne soit nettement déraisonnable. Essentiellement, le ministère public reprochait au juge du procès de ne pas avoir accordé suffisamment d'importance aux principes de dénonciation et de dissuasion. En l'espèce, le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire et infligé l'emprisonnement avec sursis après un examen méticuleux et approfondi de tous les facteurs et principes, y compris les objectifs de dissuasion et de dénonciation. Il n'y avait en conséquence aucune raison de modifier sa décision, et le juge Marshall a rejeté l'appel.

(2) Le juge Cameron (dissidente)

Après avoir examiné les dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis, Madame le juge Cameron a dit partager pour l'essentiel l'interprétation qu'en avait donné la majorité. Elle a souligné que le législateur n'avait exclu aucune infraction du champ d'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, sauf celles punissables d'une peine minimale d'emprisonnement. Elle a

make conditional sentences inappropriate, and certain classes of offences are more likely to result in the circumstances which make conditional sentences inappropriate.

16 In analysing the circumstances of this particular case, Cameron J.A. accepted that the safety of the community was not a concern, and that the factors of rehabilitation and specific deterrence did not require that the respondent serve his time in a prison. The real issue, as she saw it, was whether retribution, denunciation and general deterrence could be adequately served by a conditional sentence with meaningful conditions.

17 Cameron J.A. noted that the sexual assault of children is abhorrent to Canadian society and that society's condemnation of such offences must be communicated in the clearest of terms since they involve a very high level of moral blameworthiness. She disagreed with the trial judge's finding that house arrest under a conditional sentence of imprisonment in this case could satisfy the objectives of denunciation and general deterrence, and properly address the offender's moral blameworthiness. Cameron J.A. stated that the sentence imposed by the trial judge was "so inadequate that it demands action by the Court of Appeal" (p. 148). She referred specifically to the fact that the offence involved several incidents, a locked shed, a warning to be silent, a child victim, and an offender who was an older relative and a neighbour. The nature of the crimes demanded the limitation on the liberty of the offender provided by service of the term in an institution. She would have allowed the appeal in part, confirming the term of 21 months' imprisonment but requiring that the balance of the sentence be served in prison.

toutefois jugé, d'une part, que les circonstances d'une infraction ou d'un délinquant donné peuvent faire en sorte que l'emprisonnement avec sursis ne soit pas une sanction appropriée, et, d'autre part, que certaines catégories d'infractions risquent davantage d'être accompagnées de circonstances rendant l'octroi du sursis inapproprié.

Analysant les circonstances de la présente affaire, Madame le juge Cameron a reconnu que la sécurité de la collectivité n'était pas en jeu et que les objectifs de réinsertion sociale et de dissuasion spécifique n'exigeaient pas que l'intimé purge sa peine en prison. À son avis, la véritable question était de savoir si les objectifs de châtement, de dénonciation et de dissuasion générale pouvaient être réalisés au moyen d'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement assortie de conditions rigoureuses.

Madame le juge Cameron a indiqué que la société canadienne réprouve les agressions sexuelles contre les enfants et se doit de les condamner dans les termes les plus catégoriques puisqu'elles trahissent un degré élevé de culpabilité morale. Elle a dit être en désaccord avec la conclusion du juge du procès que la détention à domicile ordonnée dans le cadre d'une condamnation à l'emprisonnement avec sursis pouvait, en l'espèce, répondre aux objectifs de dénonciation et de dissuasion générale, et tenait compte adéquatement du degré de culpabilité morale de l'intimé. Madame le juge Cameron a déclaré que la peine infligée par le juge du procès est [TRADUCTION] «à ce point inadéquate qu'elle commande l'intervention de la Cour d'appel» (p. 148). Elle a mentionné en particulier le fait que l'infraction avait été commise à plusieurs reprises, dans une remise fermée à clé contre une enfant dont le délinquant était un parent plus âgé et un voisin, et qu'elle avait été accompagnée de l'avertissement de garder le silence. La nature de ces crimes exigeait que le délinquant soit privé de sa liberté en étant obligé de purger sa peine dans une prison. Elle aurait accueilli l'appel en partie, confirmant la peine de 21 mois d'emprisonnement, mais ordonnant que le reste de la peine soit purgé en prison.

IV. Issue

Since this Court has set out the principles governing the conditional sentencing regime in *Proulx, supra*, the sole issue in this appeal is whether the Newfoundland Court of Appeal erred in affirming the trial judge's decision to impose a conditional sentence in this case.

V. Analysis

In *Proulx, supra*, at para. 123, this Court reiterated that the sentence imposed by a trial judge is entitled to considerable deference from appellate courts. The Court reaffirmed its holding in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90, that

absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

The majority of the Court of Appeal, in applying this deferential standard of review, concluded that the sentence imposed by the trial judge was not demonstrably unfit and should therefore not be disturbed.

I agree. Although the respondent committed terrible offences and did not express any remorse, the conditional sentence imposed by the trial judge was nevertheless within the acceptable range of sentences that could have been imposed in the circumstances. I would add that in *Proulx*, this Court held, at para. 79, that a conditional sentence is available for all offences with no minimum sentence of imprisonment. Gross indecency and indecent assault carry no minimum term.

Mercer J.'s reasons were very thorough, taking into consideration all relevant sentencing principles, including denunciation and deterrence. As this Court held in *Proulx, supra*, at paras. 102 and

IV. La question en litige

Étant donné que, dans *Proulx*, précité, notre Cour a exposé les principes régissant le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, la seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel de Terre-Neuve a commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de prononcer l'emprisonnement avec sursis en l'espèce.

V. L'analyse

Dans *Proulx*, précité, au par. 123, notre Cour a réaffirmé que les cours d'appel doivent faire montre de beaucoup de retenue à l'égard de la peine infligée par le juge du procès. Notre Cour a réitéré la conclusion qu'elle a tirée dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 90, et selon laquelle

sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée.

Appliquant cette norme de contrôle préconisant la retenue, la Cour d'appel a conclu à la majorité que la peine infligée par le juge du procès n'était pas manifestement inappropriée et qu'il n'y avait donc pas lieu de la modifier.

Je suis d'accord. Bien que l'intimé ait commis d'horribles infractions et n'ait manifesté aucun remords, l'emprisonnement avec sursis prononcé par le juge du procès se situait néanmoins dans la fourchette des peines qui pouvaient être prononcées dans les circonstances. Je tiens à ajouter que dans *Proulx*, au par. 79, notre Cour a jugé que l'emprisonnement avec sursis peut être prononcé à l'égard de toute infraction pour laquelle aucune peine minimale d'emprisonnement n'est prévue. Ni la grossière indécence ni l'attentat à la pudeur ne sont punissables d'une peine minimale d'emprisonnement.

Le juge Mercer a rédigé des motifs très fouillés, qui tiennent compte de tous les principes pertinents de détermination de la peine, y compris la dénonciation et la dissuasion. Comme a conclu notre

18

19

20

21

107, a conditional sentence can provide significant denunciation and deterrence, particularly when onerous conditions are imposed. In this case the respondent received a 21-month conditional sentence which included a condition of house arrest. Commenting on the severity of this sentence, the majority of the Court of Appeal held, at p. 134:

It is no mean punishment for a person of previously unblemished reputation to bear the stigma of being confined to virtual house arrest, subject to restricted conditions of circulation within a community for a serious crime committed in his early adult years, all to the general knowledge of others in that community. Neither may it be counted inconsequential for such a person to daily bear the shame of his guilt for that crime and of his loss of esteem before his fellow residents during his restricted ventures from his home.

22 I would also note that the sentencing judge had the opportunity to observe the respondent and the victim at trial, and was presumably familiar with the conditions in the rural community of Bay de Verde, Newfoundland. Accordingly, he was well positioned to assess the degree of denunciation and deterrence required in the circumstances and that would be provided by the conditional sentence he imposed. His finding should not be interfered with lightly.

23 Moreover, Mercer J. imposed conditions capable of achieving restorative objectives. Two of the conditions were that the respondent attend sex offender counselling and perform up to 150 hours community service if so directed by his supervisor. Despite the respondent's lack of remorse, he agreed to comply with any order the court imposed. Mercer J. also noted the respondent's proficiency in construction and previous volunteer work using this skill. In *Proulx, supra*, at para. 113, the Court held that "[w]here a combination of both punitive and restorative objectives may be

Cour dans *Proulx*, précité, aux par. 102 et 107, l'emprisonnement avec sursis peut avoir un effet dénonciateur et dissuasif appréciable, en particulier quand l'ordonnance de sursis est assortie de conditions rigoureuses. En l'espèce, l'intimé s'est vu infliger une peine de 21 mois d'emprisonnement avec sursis assortie de la détention à domicile. Au sujet de la sévérité de cette peine, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont tiré les conclusions suivantes, à la p. 134:

[TRADUCTION] Pour quelqu'un qui jouissait jusque-là d'une réputation sans tache, ce n'est pas une punition insignifiante que de porter les stigmates de la détention à domicile et d'être restreint dans ses déplacements au sein de la collectivité pour un crime grave commis lorsqu'il était un jeune adulte, et que cette situation est connue de tous. Ce n'est pas rien non plus pour cette personne de ressentir tous les jours la honte de sa culpabilité et de la perte de l'estime des autres habitants de la collectivité lors de ses sorties limitées hors de la maison.

Je tiens également à souligner que le juge qui a prononcé la peine a eu la possibilité d'observer l'intimé et sa victime au procès, et qu'il était vraisemblablement au fait des conditions dans la collectivité rurale de Bay de Verde à Terre-Neuve. Il était donc bien placé pour apprécier le degré de dénonciation et de dissuasion que commandaient les circonstances et qui serait assuré par la peine d'emprisonnement avec sursis qu'il prononçait. Sa décision ne devrait donc pas être révisée à la légère.

De plus, le juge Mercer a imposé des conditions propres à la réalisation d'objectifs correctifs. Deux de ces conditions étaient que l'intimé participe à des séances de counseling pour délinquants sexuels et qu'il accomplisse 150 heures de service communautaire sur demande en ce sens de son agent de surveillance. Malgré le fait que l'intimé ne manifeste aucun remords, il a accepté de se conformer à toute ordonnance de la cour. Le juge Mercer a aussi signalé que ce dernier était habile dans les travaux de construction et avait déjà accompli, bénévolement, des travaux de cette nature. Dans *Proulx*, précité, au par. 113, notre Cour a jugé que «[l]orsqu'il est possible de combiner des objectifs punitifs et des objectifs correctifs,

achieved, a conditional sentence will likely be more appropriate than incarceration”.

While there are aggravating circumstances in this case, in *Proulx, supra*, the Court stated “that a conditional sentence may be imposed even in circumstances where there are aggravating circumstances relating to the offence or the offender” (para. 115). Mercer J. also pointed out an important mitigating factor, namely, that over a quarter of a century had passed since the offences occurred without any related criminal activity, and that the respondent had led a productive life.

I note that Cameron J.A. dissented on the ground that the sentencing judge did not give the principles of denunciation and deterrence sufficient weight, and that a sentence of incarceration was necessary in the circumstances. Were I a trial judge, I might well have agreed with Cameron J.A. and imposed a sentence of incarceration. That said, as an appellate judge, deference must be given to the trial judge’s decision. Mercer J. did not commit a reversible error in principle and thoroughly considered all appropriate factors. Nor was the sentence demonstrably unfit. Counsel for both parties agreed that the appropriate range of sentence was a term of imprisonment of 18 to 24 months. A 21-month conditional sentence with restrictive conditions, to be served in the small rural community in which the respondent resided for offences which occurred over 25 years ago, when viewed in light of the fact that the respondent has since led a productive life without further criminal activity is not “clearly unreasonable”: see *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, at para. 46. Therefore, despite the fact that I might have imposed a sentence of incarceration, the sentence should not be disturbed.

l’emprisonnement avec sursis sera vraisemblablement une sanction plus appropriée que l’incarcération».

Quoiqu’il y ait des circonstances aggravantes en l’espèce, notre Cour a jugé, dans *Proulx*, précité, au par. 115, que «le sursis à l’emprisonnement peut être octroyé même dans les cas où il y a des circonstances aggravantes liées à la perpétration de l’infraction ou à la situation du délinquant». Le juge Mercer a aussi relevé un important facteur atténuant, savoir que plus d’un quart de siècle s’était écoulé sans qu’aucune autre infraction du genre n’ait été commise par l’intimé, qui avait par ailleurs mené une vie productive.

Je signale que Madame le juge Cameron a exprimé sa dissidence pour le motif que le juge chargé de prononcer la peine n’avait pas accordé suffisamment d’importance aux principes de dénonciation et de dissuasion, et que l’incarcération s’imposait dans les circonstances. Si j’avais présidé ce procès, j’aurais fort bien pu être du même avis que Madame le juge Cameron et ordonner une peine d’incarcération. Cela dit, en tant que juge d’appel, je dois faire montre de retenue à l’égard de la décision du juge du procès. Le juge Mercer n’a pas commis d’erreur de principe justifiant l’infirmité de sa décision et il a soigneusement considéré tous les facteurs pertinents. De plus, la peine qu’il a infligée n’était pas manifestement inappropriée. Les avocats des deux parties ont convenu que la peine appropriée était un emprisonnement de 18 à 24 mois. L’infliction, pour des infractions remontant à plus de 25 ans, d’une peine d’emprisonnement avec sursis de 21 mois assortie de conditions restrictives et devant être purgée dans la petite collectivité rurale où l’intimé a toujours résidé n’est pas une sanction «nettement déraisonnable», eu égard au fait que l’intimé a mené depuis une vie productive sans commettre d’autres crimes: voir *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, au par. 46. Par conséquent, malgré le fait que j’aurais peut-être infligé une peine d’incarcération, la sentence ne devrait pas être modifiée.

24

25

VI. Disposition

26 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ. were delivered by

27 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The issue in this appeal is whether a conditional sentence of 21 months was a demonstrably unfit sentence in the case of a conviction on one count of indecent assault and one count of gross indecency for multiple incidents involving an adult male who forced fellatio and masturbation on a female child, his cousin, over a period of 5 to 6 years.

28 While I agree with the law on the principles of sentencing as set out by the Chief Justice in the companion appeal of *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, I am unable to agree with the majority's application of the law to the facts at hand. For the reasons given by Cameron J.A. in dissent in the Newfoundland Court of Appeal in this case ((1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115), I would allow the appeal on the basis that in deciding that a conditional sentence was appropriate, the trial judge overemphasized restorative objectives, while giving inordinately little weight to the principles of denunciation and general deterrence.

29 Courts have tended, even under the new sentencing principles adopted in Bill C-41 (now S.C. 1995, c. 22), to find that the principle of denunciation weighs particularly heavily in cases of offences perpetrated against children by adults in positions of trust and authority. See: *R. v. Oliver* (1997), 99 O.A.C. 234; *R. v. Alfred* (1998), 122 C.C.C. (3d) 213 (Ont. C.A.); *R. v. D. (P.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 274 (Ont. C.A.); *R. v. R.R.E.*, [1998] O.J. No. 2226 (QL) (Prov. Div.); *R. v. P.M.*, [1999] O.J. No. 421 (QL) (Prov. Div.);

VI. Le dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Bastarache rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si un emprisonnement de 21 mois avec sursis constitue une peine manifestement inappropriée à l'égard d'une déclaration de culpabilité relative à un chef d'accusation d'attentat à la pudeur et à un chef de grossière indécence découlant de multiples événements survenus sur une période de 5 à 6 ans et à l'occasion desquels un adulte de sexe masculin a forcé une enfant, sa cousine, à pratiquer et fellation et masturbation.

Bien que je sois d'accord avec l'exposé du Juge en chef, dans le pourvoi connexe *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, en ce qui a trait à l'état du droit relatif aux principes régissant la détermination de la peine, il m'est toutefois impossible de souscrire à la façon dont il applique ces règles de droit aux faits de la présente affaire. En accord avec la dissidence de Madame le juge Cameron de la Cour d'appel de Terre-Neuve ((1997), 155 Nfld. & P.E.I.R. 115), j'accueillerais le pourvoi au motif que le juge du procès a mis trop d'emphase sur les objectifs de justice corrective et accordé trop peu d'importance aux principes de dénonciation et de dissuasion générale lorsqu'il a décidé que l'emprisonnement avec sursis était une peine appropriée.

Même dans l'application des nouveaux principes de détermination de la peine établis par le projet de loi C-41 (maintenant L.C. 1995, ch. 22) les tribunaux tendent à juger que le principe de dénonciation revêt une importance particulièrement grande dans les cas d'infractions perpétrées contre des enfants par des adultes en situation de confiance ou de pouvoir. Voir: *R. c. Oliver* (1997), 99 O.A.C. 234; *R. c. Alfred* (1998), 122 C.C.C. (3d) 213 (C.A. Ont.); *R. c. D. (P.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 274 (C.A. Ont.); *R. c. R.R.E.*, [1998]

R. v. I., [1998] O.J. No. 5713 (QL) (Gen. Div.); *R. v. Cuthbert* (1998), 101 B.C.A.C. 147. While the trial judge stated that he considered principles of deterrence and denunciation in determining the sentence, in my view, the decision to impose a conditional sentence in this case indicates a serious failure to give appropriate weight to the objective of denunciation.

I also agree with Cameron J.A. that the trial judge did not give sufficient weight to the moral blameworthiness of the offender, who engaged in offensive and demeaning behaviour with a young person over whom he had significant power as an older relative and neighbour, and who indicated no remorse even upon conviction for the offences. This offends the proportionality principle set out in s. 718.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which establishes the fundamental principle that the court must impose a sentence proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

Recognizing that there is no presumption in favour of incarceration for certain types of offences, I adopt the following comments of Cameron J.A., at p. 148:

... I do start from the premise that sexual assault of a child is a crime that is abhorrent to Canadian society and society's condemnation of those who commit such offences must be communicated in the clearest of terms. As to moral blameworthiness, the use of a vulnerable child for the sexual gratification of an adult cannot be viewed as anything but a crime demonstrating the worst of intentions. The trial judge obviously concluded that "house arrest" with certain liberties would be sufficient to communicate society's condemnation of the offender's conduct in the case. With the greatest respect for the opinion of the trial judge, I do not accept that the objectives of sentencing can be met in this case by a conditional sentence and, in my view, the sentence imposed

O.J. No. 2226 (QL) (Div. prov.); *R. c. P.M.*, [1999] O.J. No. 421 (QL) (Div. prov.); *R. c. I.*, [1998] O.J. No. 5713 (QL) (Div. gén.); *R. c. Cuthbert* (1998), 101 B.C.A.C. 147. Bien que le juge du procès ait déclaré avoir tenu compte des principes de dénonciation et de dissuasion dans la détermination de la peine, je suis d'avis que sa décision d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis dans le présent cas indique qu'il a gravement omis d'accorder l'importance qui convenait à l'objectif de dénonciation.

Je partage également l'opinion de Madame le juge Cameron selon laquelle le juge du procès n'a pas accordé suffisamment d'importance à la culpabilité morale du délinquant, qui a eu une conduite odieuse et avilissante contre une enfant sur laquelle il avait un pouvoir considérable en tant que parent plus âgé et voisin, et qui n'a manifesté aucun remords, même après avoir été déclaré coupable des infractions qu'on lui reprochait. Cette situation est incompatible avec le principe fondamental de proportionnalité énoncé à l'art. 718.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, suivant lequel la peine infligée par le tribunal doit être proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

Reconnaissant qu'il n'existe aucune présomption en faveur de l'incarcération pour certains types d'infractions, je fais miens les commentaires suivants formulés par Madame le juge Cameron de la Cour d'appel, à la p. 148:

[TRADUCTION] ... je pars effectivement de la prémisse suivant laquelle les agressions sexuelles contre les enfants constituent un crime qui répugne à la société canadienne, qui doit en condamner les auteurs dans les termes les plus catégoriques. Quant à la culpabilité morale, l'exploitation d'un enfant vulnérable par un adulte pour sa gratification sexuelle ne peut être considérée autrement que comme un crime témoignant des pires intentions. De toute évidence, le juge du procès a estimé que la «détention à domicile», assortie de certaines libertés, suffirait à exprimer la condamnation par la société du comportement du délinquant en l'espèce. En toute déférence pour l'opinion du juge du procès, je ne peux accepter que les objectifs de la détermination de la peine puissent être satisfaits dans le présent cas par une peine d'emprisonnement avec sursis et j'estime que

30

31

is so inadequate that it demands action by the Court of Appeal.

32

I therefore find that Cameron J.A. was correct to hold that the conditional sentence imposed by the trial judge should not stand, even taking into account the deference owed to trial judges' discretion in sentencing. Cameron J.A. would have allowed the appeal and sentenced the offender to incarceration for the remainder of his 21-month sentence which, at the time of the appeal, was approximately 12 months. While I find that this would have fallen within the range of appropriate sentences in factual circumstances such as these, I recognize that the offender has now served his 21-month conditional sentence in full. It is therefore impossible to restore Cameron J.A.'s sentence on the terms she specified. I recognize that it would also be very difficult for a trial judge to whom the case was now remanded to determine an appropriate equivalent. Thus, I would allow the appeal but stay the passing of the sentence of incarceration.

Appeal dismissed on equal division, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MCLACHLIN and BASTARACHE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondent: Simmonds, Kennedy, St. John's.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

la peine infligée est à ce point inadéquate qu'elle commande l'intervention de la Cour d'appel.

En conséquence, je suis d'avis que Madame le juge Cameron a eu raison de décider que la peine d'emprisonnement avec sursis infligée par le juge du procès ne devait pas être maintenue, même en tenant compte de la retenue judiciaire dont il convient de faire preuve à l'égard de l'exercice, par les juges présidant les procès, de leur pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine. Madame le juge Cameron aurait accueilli l'appel et condamné le délinquant à l'incarcération jusqu'à la fin sa peine de 21 mois, période dont il restait environ 12 mois à courir au moment de l'appel. Bien que j'estime que cette peine se situe dans la norme des peines qui étaient justifiées dans les circonstances, je reconnais que le délinquant a maintenant purgé au complet sa peine d'emprisonnement de 21 mois avec sursis. Il n'est donc pas possible de prononcer exactement la peine qu'aurait infligée Madame le juge Cameron. Je reconnais qu'il serait également très difficile pour le juge à qui le dossier serait renvoyé de déterminer une peine équivalente appropriée. Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi mais je surseoirais au prononcé de la peine d'incarcération.

Pourvoi rejeté, la Cour est également partagée, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MCLACHLIN et BASTARACHE sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs de l'intimé: Simmonds, Kennedy, St. John's.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

R.N.S. *Respondent*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. R.N.S.

Neutral citation: 2000 SCC 7.

File No.: 26462.

1999: May 25, 26; 2000: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused convicted of sexual assault and invitation to sexual touching — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional sentence for jail term imposed by trial judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

The accused was convicted of sexual assault and invitation to sexual touching in relation to incidents with his step-granddaughter. The offences were committed between 1990 and 1994 and, at the time, the victim was between 5 and 8 and the accused was between 46 and 50 years old. The trial judge sentenced the accused to nine months' imprisonment. The conditional sentencing regime came into force after the accused was sentenced. The Court of Appeal allowed the accused's sentence appeal and substituted a nine-month conditional sentence.

Held: The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and Iacobucci, Major and Binnie JJ.: For the reasons outlined in *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R.

*Cory J. took no part in the judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

R.N.S. *Intimé*

et

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. R.N.S.

Référence neutre: 2000 CSC 7.

N° du greffe: 26462.

1999: 25, 26 mai; 2000: 31 janvier.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une ordonnance d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée par le juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

L'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels sur sa petite-fille par remariage. Les infractions ont été commises de 1990 à 1994. Lorsque les infractions ont commencé, la victime avait 5 ans et l'accusé en avait 46, et lorsqu'elles ont cessé la victime avait 8 ans et l'accusé 50 ans. Le juge du procès a condamné l'accusé à neuf mois d'emprisonnement. Le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement est entré en vigueur après la détermination de la peine de l'accusé. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé par l'accusé contre la peine qui lui avait été infligée, et elle y a substitué une peine de neuf mois d'emprisonnement avec sursis.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges Iacobucci, Major et Binnie: Pour les raisons exposées dans *R. c. R.A.R.*,

*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

163, 2000 SCC 8, the accused was entitled to the benefit of the conditional sentencing regime on appeal, and the Court of Appeal could re-sentence him. Notwithstanding the deference to which sentencing decisions by a court of appeal are entitled, this Court should intervene in this case and restore the trial judge's original sentence. A nine-month conditional sentence was not a fit sentence, in light of the gravity of the offences committed and the high moral blameworthiness of the accused. Despite the fact that the accused's liberty was restricted by the conditions imposed, the amount of denunciation provided by a nine-month conditional sentence was clearly insufficient in the circumstances to signify society's abhorrence for the acts the accused committed. By imposing a conditional sentence of only nine months, the Court of Appeal transformed what was already a lenient sentence into an unfit sentence. A nine-month sentence of incarceration would have been appropriate in this case. Since the accused has served his conditional sentence in its entirety and the Crown does not seek any further punishment, the nine-month term of incarceration should be stayed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ.: There is agreement with the reasons of the Chief Justice with the exception of his comments regarding the disposition of the appeal in *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6, in view of the dissent in that case.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8; **distinguished:** *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; **referred to:** *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9; *R. v. Kienapple*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226; *R. v. Ursel* (1997), 117 C.C.C. (3d) 289; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

By L'Heureux-Dubé J.

R. v. L.F.W., [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6.

By Gonthier J.

R. v. L.F.W., [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6.

[2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8, l'accusé avait droit, en appel, au bénéfice de l'application du régime d'octroi du sursis, et la Cour d'appel pouvait procéder à nouveau à la détermination de sa peine. Malgré la retenue dont elle doit faire preuve à l'égard des peines infligées par les cours d'appel, notre Cour devrait intervenir en l'espèce et rétablir la peine initiale infligée par le juge du procès. Une ordonnance de sursis à l'emprisonnement d'une durée de neuf mois n'était pas une sanction appropriée eu égard à la gravité des infractions et au degré élevé de culpabilité morale de l'accusé. L'effet dénonciateur produit par une peine d'emprisonnement avec sursis de neuf mois était nettement insuffisant dans les circonstances pour communiquer la répugnance de la société envers les actes de l'accusé, même si sa liberté était restreinte par les conditions assortissant l'ordonnance de sursis. En condamnant l'accusé à un emprisonnement avec sursis de neuf mois seulement, la Cour d'appel a transformé une peine déjà clémente en une peine inappropriée. Une peine d'incarcération de neuf mois aurait été appropriée dans les circonstances. Étant donné que l'accusé a purgé entièrement sa peine d'emprisonnement avec sursis et que le ministère public ne demande pas de sanction additionnelle, il y a lieu de surseoir à l'exécution de la peine d'incarcération de neuf mois.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Bastarache: Il y a accord avec les motifs du Juge en chef, sauf en ce qui concerne ses commentaires pour justifier le résultat auquel il arrive dans *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6, étant donné la dissidence dans cette affaire.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts appliqués: *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; **arrêts mentionnés:** *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9; *R. c. Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226; *R. c. Ursel* (1997), 117 C.C.C. (3d) 289; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

R. c. L.F.W., [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6.

Citée par le juge Gonthier

R. c. L.F.W., [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6.

By McLachlin J.

R. v. L.F.W., [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6.

By Bastarache J.

R. v. L.F.W., [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], ss. 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 742.1 [am. 1997, c. 18, s. 107.1].

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1997), 121 C.C.C. (3d) 426, 100 B.C.A.C. 120, 163 W.A.C. 120, [1997] B.C.J. No. 2776 (QL), allowing the accused's appeal from a sentence of nine months' incarceration imposed by MacArthur Prov. Ct. J. Appeal allowed.

Alexander Budlovsky and Jennifer Duncan, for the appellant.

Bruce H. Ralston, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Kenneth L. Campbell and Gregory J. Tweney, for the intervener the Attorney General for Ontario.

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

THE CHIEF JUSTICE — This is a Crown appeal from a decision of the British Columbia Court of Appeal substituting a conditional sentence for the jail term imposed by the sentencing judge. This case was heard together with the appeals in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8, and *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9. At issue

Citée par le juge McLachlin

R. c. L.F.W., [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6.

Citée par le juge Bastarache

R. c. L.F.W., [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie XXIII [rempl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 742.1 [repl. 1997, ch. 18, art. 107.1].

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e).
Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1997), 121 C.C.C. (3d) 426, 100 B.C.A.C. 120, 163 W.A.C. 120, [1997] B.C.J. No. 2776 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre la peine d'incarcération de neuf mois prononcée par le juge MacArthur de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

Alexander Budlovsky et Jennifer Duncan, pour l'appellante.

Bruce H. Ralston, pour l'intimé.

S. Ronald Fainstein, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Kenneth L. Campbell et Gregory J. Tweney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

LE JUGE EN CHEF — Le ministère public se pourvoit en l'espèce contre la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de substituer une ordonnance d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération qui avait été infligée par le juge du procès. Le présent pourvoi et les affaires *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8, et *R. c.*

in all of these appeals are the principles governing the pronouncement of conditional sentences in the new legislative scheme. These reasons are concerned primarily with the application of the principles set out in *Proulx*. As in *R.A.R.*, this case raises the additional question of the consequences of changes in the law between the pronouncement of the sentence by the trial judge and the hearing of the appeal.

I. Factual Background

2 The respondent was convicted of sexual assault and invitation to sexual touching in relation to incidents with his step-granddaughter which occurred between October 1990 and September 1994. At the time of the offences, the complainant was between 5 and 8 years old, and the respondent was between the ages of 46 and 50. The evidence on the sexual assault count was that the respondent fondled the complainant's vagina on a number of occasions. On none of the occasions was there any vaginal penetration. The evidence on the incidents comprising the invitation to sexual touching count was that the complainant was offered \$5 or some such sum to touch the accused's penis, that she accepted the offer and was paid the money. The touching incidents occurred two or three times. A charge of sexual interference was conditionally stayed pursuant to the principles discussed by this Court in *R. v. Kienapple*, [1975] 1 S.C.R. 729.

3 At the time of sentencing, the respondent lived with his wife. Both his wife and his two step-sons remained supportive of the respondent throughout the proceedings against him and following his conviction, while the complainant and her mother were ostracized by the family. The respondent was in poor health, suffering from heart problems and hypertension, as well as agitation as a result of the proceedings against him. He had no prior criminal record, and had good letters of reference from members of his community. He maintained his

Bunn, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9, ont été entendus ensemble. Tous les pourvois portent sur les principes régissant l'octroi du sursis à l'emprisonnement dans le cadre du nouveau régime établi par la loi. Les présents motifs portent principalement sur l'application des principes énoncés dans l'arrêt *Proulx*. Tout comme l'affaire *R.A.R.*, le présent pourvoi soulève également la question des conséquences de changements qui surviennent dans le droit entre le prononcé de la peine par le juge du procès et l'audition de l'appel.

I. Les faits

L'intimé a été déclaré coupable d'agression sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels à la suite d'événements survenus d'octobre 1990 à septembre 1994. Lorsque les infractions visées ont commencé, la plaignante, petite-fille de l'intimé par remariage, avait 5 ans et l'intimé 46 ans, et, lorsqu'elles ont cessé, elle avait 8 ans et lui 50 ans. Suivant la preuve produite à l'égard du chef d'agression sexuelle, l'intimé a caressé le vagin de la plaignante à plusieurs occasions, sans toutefois qu'il y ait pénétration. Selon la preuve relative au chef d'incitation à des contacts sexuels, l'intimé a offert 5 \$ ou une autre somme à la plaignante pour qu'elle touche son pénis, elle a accepté l'offre et l'intimé lui a remis la somme. Il y a eu deux ou trois événements de contacts sexuels. Conformément aux principes examinés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729, une accusation de contacts sexuels a fait l'objet d'un arrêt conditionnel des procédures.

Au moment du prononcé de la peine, l'intimé faisait vie commune avec son épouse. Pendant toute la durée des procédures engagées contre l'intimé et après la déclaration de culpabilité, l'épouse et les deux beaux-fils de l'intimé n'ont cessé de le soutenir, alors que la victime et sa mère étaient ostracisées par les membres de la famille. L'intimé n'était pas en bon état de santé. Il souffrait de problèmes cardiaques et d'hypertension, et il était agité en raison des poursuites dont il était l'objet. Il n'avait pas de casier judiciaire et disposait de lettres d'appui émanant de membres de sa collectivité. Il a continué de clamer son innocence, même

innocence after his convictions, and expressed no remorse.

On July 31, 1996, the respondent was sentenced to nine months' imprisonment. The conditional sentencing regime came into force in September 1996. The respondent appealed his convictions and sentence. The conviction appeal was dismissed. The sentence appeal was heard on October 6, 1997, and the Court of Appeal allowed the appeal and substituted a nine-month conditional sentence.

The respondent completed his conditional sentence on September 12, 1998, and is bound by a probation order until September 12, 2000.

II. Relevant Statutory Provisions

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

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgement of the harm done to victims and to the community.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating

après les déclarations de culpabilité, et il n'a exprimé aucun remords.

Le 31 juillet 1996, l'intimé a été condamné à neuf mois d'emprisonnement. Le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement est entré en vigueur en septembre de la même année. L'intimé a interjeté appel des déclarations de culpabilité et de la peine. L'appel relatif aux déclarations de culpabilité a été rejeté. Celui visant la peine a été entendu le 6 octobre 1997. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a substitué à la peine initiale une ordonnance de sursis à l'emprisonnement d'une durée de neuf mois.

L'intimé a fini de purger sa peine d'emprisonnement avec sursis le 12 septembre 1998, et il est sous le coup d'une ordonnance de probation jusqu'au 12 septembre 2000.

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants :

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de

4

5

6

circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

- (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation or any other similar factor,
- (ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,
- (iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or
- (iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offender

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

(i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard;

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction des peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

III. Judgments Below

A. *Provincial Court of British Columbia* (Reasons for sentence)

The respondent was sentenced on July 31, 1996. At the time of sentencing, the amendments to Part XXIII of the *Criminal Code* (*An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 (“Bill C-41”)), were not yet in force. Accordingly, MacArthur Prov. Ct. J., the trial judge, did not have the option of imposing a conditional sentence.

MacArthur Prov. Ct. J. outlined the principles of sentencing. He stated that the fundamental principle was the protection of the public and that special concern had to be given to the objective of general deterrence in cases of sexual interference with a child. He added that the Supreme Court of Canada had reinforced the notion that denunciation had its place in the criminal sentencing process. Finally, he said he also had to take into consideration the rehabilitation of the offender.

MacArthur Prov. Ct. J. decided that a term of incarceration was necessary, in light of the clearly abhorrent and reprehensible conduct that had occurred. The judge conceded that the actions of the respondent were somewhat limited, but found that they were still extremely harmful to such a young child, particularly considering that the child was in a trust relationship with the respondent. He agreed with the submission of the Crown that a term between 18 months and two years might be warranted. However, taking into consideration the respondent’s poor health at the time of sentencing, that he had withdrawn from socializing, experienced difficulties in his marriage since the charges had been laid and that he had no prior criminal record, MacArthur Prov. Ct. J. sentenced him to nine months’ imprisonment on each count, to be served concurrently. MacArthur Prov. Ct. J. recommended that the respondent be incarcerated in the institution of Stave Lake, so as to allow him to take part in a treatment program for sexual offend-

III. L’historique des procédures judiciaires

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique* (motifs justifiant la peine)

L’intimé s’est vu infliger sa peine le 31 juillet 1996. À cette date, les modifications apportées à la partie XXIII du *Code criminel* (*Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d’autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 (le «projet de loi C-41»)), n’étaient pas encore en vigueur. Par conséquent, le juge du procès, le juge MacArthur de la Cour provinciale, n’avait pas la faculté de rendre une ordonnance de sursis à l’emprisonnement.

Le juge MacArthur a exposé les principes de la détermination de la peine. Il a affirmé que l’objectif essentiel était la protection du public et qu’une attention particulière devait être accordée à l’objectif de dissuasion générale dans les affaires de contacts sexuels avec des enfants. Il a ajouté que la Cour suprême du Canada avait souligné que l’objectif de dénonciation devait être pris en considération dans le processus de détermination de la peine. Enfin, il a dit qu’il devait tenir compte également de la réinsertion sociale du délinquant.

Le juge MacArthur a estimé qu’une peine d’incarcération s’imposait en raison du caractère clairement odieux et répréhensible de la conduite de l’intimé. Le juge a concédé que, quoique relativement limités, les actes de l’intimé avaient néanmoins des effets extrêmement préjudiciables pour une si jeune enfant, particulièrement en raison du rapport de confiance qui existait entre elle et ce dernier. Il a souscrit à la recommandation du ministère public qu’une peine de 18 à 24 mois d’emprisonnement était justifiée. Cependant, tenant compte du fait que l’intimé n’était pas en bonne santé au moment du prononcé de la peine, qu’il n’avait plus de vie sociale, qu’il éprouvait des problèmes conjugaux depuis le dépôt des accusations et qu’il n’avait aucun casier judiciaire, le juge MacArthur l’a condamné à purger concurremment des peines de neuf mois d’emprisonnement pour chacun des chefs d’accusation. Il a recommandé l’incarcération de l’intimé à l’établissement de Stave Lake, afin qu’il puisse participer à un pro-

7

8

9

ers. Finally, MacArthur Prov. Ct. J. ordered that the term of incarceration be followed by probation for a period of two years.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1997), 100 B.C.A.C. 120

10 Bill C-41 came into force in September 1996. The respondent's convictions were upheld by the Court of Appeal on September 29, 1997. On December 12, 1997, the Court of Appeal allowed the sentence appeal and substituted a nine-month conditional sentence for the term of incarceration imposed by MacArthur Prov. Ct. J.

11 Lambert J.A. held that the new conditional sentencing provisions were applicable to this appeal, pursuant to s. 44(e) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, and this Court's decision in *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226. Lambert J.A. then considered whether the respondent should receive a conditional sentence. He explained that he was not bound by the deferential standard usually applied by appellate courts in reviewing the sentence imposed by the sentencing judge, in light of the changes in the law since the original sentencing. He found that this case should be treated like one in which a trial judge had erred in principle by failing to consider the new Part XXIII of the *Criminal Code*, and that the Court of Appeal could proceed as if it were sentencing the respondent for the first time.

12 After summarizing the principles laid down by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Ursel* (1997), 117 C.C.C. (3d) 289, Lambert J.A. concluded that a conditional sentence may fulfill the sentencing objectives of general deterrence, specific deterrence and denunciation as well as or better than a sentence of incarceration, particularly if the conditions that are made part of the sentence are appropriate for the fulfilment of these sentencing objectives.

gramme de traitement pour délinquants sexuels. Enfin, il a ordonné que la peine d'incarcération soit suivie de deux ans de probation.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1997), 100 B.C.A.C. 120

Le projet de loi C-41 est entré en vigueur en septembre 1996. Le 29 septembre 1997, la Cour d'appel a confirmé les déclarations de culpabilité prononcées contre l'intimé. Le 12 décembre suivant, elle a accueilli l'appel visant la peine et a substitué une ordonnance de sursis à l'emprisonnement d'une durée de neuf mois à la peine d'incarcération infligée par le juge MacArthur.

Le juge Lambert de la Cour d'appel a statué que les nouvelles dispositions établissant l'emprisonnement avec sursis s'appliquaient en l'espèce par l'effet de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, et de l'arrêt de notre Cour *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226. Il s'est ensuite interrogé sur l'opportunité d'accorder le sursis à l'intimé. Il a expliqué que, vu les modifications apportées à la loi depuis la détermination initiale de la peine, il n'était pas lié par la norme de retenue généralement appliquée par les cours d'appel lorsqu'elles contrôlent la peine infligée par le juge du procès. Il a conclu qu'il fallait traiter le présent cas comme une affaire dans laquelle le juge du procès a commis une erreur de principe en omettant de tenir compte des nouvelles dispositions de la partie XXIII du *Code criminel*, et que la Cour d'appel pouvait intervenir et considérer que la peine de l'intimé n'avait pas encore été déterminée.

Après avoir résumé les principes énoncés par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Ursel* (1997), 117 C.C.C. (3d) 289, le juge Lambert a conclu que l'emprisonnement avec sursis permet de répondre aux objectifs de dissuasion générale, de dissuasion spécifique et de dénonciation avec autant, sinon plus d'efficacité que l'incarcération, en particulier si les conditions dont l'ordonnance est assortie sont propices à la réalisation de ces objectifs de la détermination de la peine.

Turning to the case at hand, Lambert J.A. noted that the offences for which the respondent was convicted did not require a minimum term of imprisonment. In reviewing the requirement of s. 742.1(a), Lambert J.A. concluded that the sentence ought to be less than two years, and he gave considerable weight to the sentence of nine months imposed by the trial judge. He was satisfied that serving the sentence in the community would not endanger its safety. In spite of the aggravating factor of breach of trust, Lambert J.A. felt that the respondent's previously clean record, his poor health, the fact that he was self-employed and that his business would suffer greatly if he were incarcerated, the tensions in his marriage and social stigma he suffered, combined with the minimal risk of re-offence suggested that this was a proper case for a conditional sentence.

Lambert J.A. allowed the sentence appeal, and substituted a nine-month conditional sentence. The conditions imposed were that the respondent attend counselling as directed by his supervisor, including counselling for sexual offenders; that he have no contact or communication with the complainant and her mother; that he not be alone with any female child under the age of 14 (except when in the company of a responsible adult); and, finally, that he be confined to his house subject to limited exceptions. Lambert J.A. did not modify the probation order imposed by the judge, stating that it would run from the completion of the conditional sentence.

IV. Issue

At issue in this appeal is whether the Court of Appeal erred in substituting a conditional sentence for the jail term imposed by the trial judge.

Examinant les faits de l'espèce, le juge Lambert a signalé qu'aucune peine minimale d'emprisonnement n'était prévue pour les infractions dont l'intimé avait été reconnu coupable. Après s'être penché sur l'exigence de l'art. 742.1 relative à la durée de l'emprisonnement, le juge Lambert a estimé qu'un emprisonnement de moins de deux ans s'imposait et il a accordé un poids considérable à la peine de neuf mois infligée par le juge du procès. Il s'est dit convaincu que la sécurité de la collectivité ne serait pas mise en danger si l'intimé y purgeait sa peine. Malgré la circonstance aggravante que constituait l'abus de confiance, le juge Lambert a estimé qu'il s'agissait d'un cas où l'octroi du sursis l'emprisonnement était justifié étant donné que l'intimé n'avait pas de casier judiciaire, qu'il n'était pas en bonne santé, qu'il était un travailleur autonome et donc que son entreprise se ressentirait considérablement de son incarcération, que ses relations conjugales étaient tendues et qu'il souffrait déjà socialement des stigmates de sa conduite, facteurs auxquels s'ajoutaient un risque minime de récidive.

Le juge Lambert a accueilli l'appel de la sentence et a substitué à la peine initiale une ordonnance de sursis à l'emprisonnement d'une durée de neuf mois assortie des conditions suivantes: participation, sur demande en ce sens de son agent de surveillance, à des séances de counseling, y compris des séances destinées aux délinquants sexuels; interdiction de tout contact ou communication avec la plaignante et sa mère; interdiction de se trouver seul avec un enfant de sexe féminin âgé de moins de 14 ans (sauf en présence d'un adulte responsable); détention à domicile, sous réserve d'exceptions limitées. Le juge Lambert n'a pas modifié l'ordonnance de probation rendue par le juge du procès, précisant qu'elle entrerait en vigueur à la fin de l'ordonnance de sursis.

IV. La question en litige

La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en substituant une ordonnance de sursis à l'emprisonnement à la peine d'incarcération infligée par le juge du procès.

13

14

15

V. AnalysisA. Benefit of the Conditional Sentencing Regime on Appeal

16 For the reasons I outlined in *R.A.R.*, *supra*, at paras. 14-16, the respondent was entitled to the benefit of the conditional sentencing regime on appeal, as he received a sentence of less than two years' imprisonment at trial. Accordingly, the Court of Appeal could re-sentence the respondent.

B. Application of the Principles Set Out in Proulx to the Case at Hand

17 As I explained in *R.A.R.*, *supra*, at paras. 17-21, sentencing decisions by appellate courts are entitled to some deference from this Court. Notwithstanding this deference, I believe our intervention is justified in this case.

18 With respect, I do not think that a nine-month conditional sentence was a fit sentence, in light of the relevant sentencing considerations, including the gravity of the offences committed and the high moral blameworthiness of the respondent. The impugned acts occurred repeatedly over a period of approximately five years. The respondent abused the trust of a very young child, despite clear indications from the complainant that she did not like what he was doing. He remained unrepentant and continued to deny that the offences took place. The amount of denunciation provided by a nine-month conditional sentence was clearly insufficient in the circumstances to signify society's abhorrence for the acts the respondent committed, despite the fact that his liberty was restricted by the conditions imposed. It must be remembered that, even though the respondent experienced some marital difficulties, he still benefited from the support of his family, while the victim and her mother were ostracized by the rest of the family.

V. L'analyseA. Bénéfice en appel du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement

Pour les raisons que j'ai exposées aux par. 14 à 16 de mes motifs dans l'arrêt *R.A.R.*, précité, l'intimé avait droit en appel au bénéfice de l'application du régime d'octroi du sursis, puisqu'il s'est vu infliger une peine d'emprisonnement de moins de deux ans à l'issue du procès. En conséquence, la Cour d'appel pouvait procéder à nouveau à la détermination de la peine.

B. Application au présent cas des principes énoncés dans l'arrêt Proulx

Comme je l'ai expliqué aux par. 17 à 21 de mes motifs dans l'arrêt *R.A.R.*, précité, notre Cour doit faire montre d'une certaine retenue à l'égard des peines infligées par les cours d'appel. Néanmoins, j'estime que notre Cour est justifiée d'intervenir en l'espèce.

En toute déférence, je ne crois pas qu'une ordonnance de sursis à l'emprisonnement d'une durée de neuf mois soit une peine appropriée eu égard aux facteurs pertinents à la détermination de la peine, notamment la gravité des infractions et le degré élevé de culpabilité morale de l'intimé. Les actes reprochés sont survenus de façon répétée sur une période d'environ cinq ans. L'intimé a abusé de la confiance d'une très jeune enfant, malgré le fait que la plaignante lui ait clairement indiqué qu'elle n'aimait pas ce qu'il faisait. Il n'a jamais manifesté de remords et il continue de nier les infractions. L'effet dénonciateur produit par une peine d'emprisonnement avec sursis de neuf mois était nettement insuffisant dans les circonstances pour communiquer la répugnance de la société envers les actes de l'intimé, même si sa liberté était restreinte par les conditions assortissant l'ordonnance de sursis. Il convient de rappeler que, même si l'intimé éprouvait des problèmes conjugaux, il bénéficiait néanmoins de l'appui de sa famille, alors que la victime et sa mère étaient ostracisées par celle-ci.

In conducting its re-sentencing, the Court of Appeal should have recognized that the relatively lenient nine-month term imposed by MacArthur Prov. Ct. J. was the result of his taking into account the precarious health of the respondent at the time of sentencing, his marital difficulties and the social stigma he had already suffered, as the sentencing judge would have been inclined to agree with the Crown's submission that a term of incarceration in the range of 18 to 24 months was warranted. By imposing a conditional sentence of only nine months, the Court of Appeal transformed what was already a lenient sentence into an unfit sentence. I would add that the Court of Appeal was not obligated to impose a conditional sentence of equivalent duration to the term of incarceration imposed by the trial judge: see *Proulx, supra*, at para. 104.

The errors committed by the Court of Appeal entitle this Court to intervene. The Crown is seeking a restoration of the trial judge's original sentence of nine months' incarceration. I agree with the Crown that a nine-month sentence of incarceration would have been appropriate in this case. That said, a lengthy conditional sentence with restrictive conditions might also have been appropriate.

In circumstances where either a sentence of incarceration or a conditional sentence would be appropriate, a conditional sentence should generally be imposed. This follows from s. 718.2(e) of the *Criminal Code*, which provides that all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders. I would note, however, that there may be circumstances in which a short, sharp sentence of incarceration may be preferable to a lengthy conditional sentence.

I need not decide whether this is such a case. The respondent has served his conditional sentence in its entirety, having completed it in September 1998. Further, in oral argument the Crown stated that even if it were successful it would not seek

Lorsqu'elle a procédé à nouveau à la détermination de la peine, la Cour d'appel aurait dû reconnaître que la peine relativement clémente de neuf mois d'emprisonnement infligée par le juge MacArthur de la Cour provinciale découlait de la prise en compte par ce dernier de l'état de santé précaire de l'intimé, de ses problèmes conjugaux et des stigmates sociaux de sa conduite, puisque le juge MacArthur s'était par ailleurs montré enclin à accepter la recommandation du ministère public qu'une peine d'incarcération de 18 à 24 mois était justifiée. En condamnant l'intimé à un emprisonnement avec sursis de neuf mois seulement, la Cour d'appel a transformé une peine déjà clémente en une peine inappropriée. J'ajouterais que la Cour d'appel n'avait pas l'obligation de prononcer un emprisonnement avec sursis d'une durée équivalente à celle de la peine d'incarcération infligée par le juge du procès: voir *Proulx*, précité, au par. 104.

Les erreurs commises par la Cour d'appel justifient notre Cour d'intervenir. Le ministère public demande le rétablissement de la peine prononcée par le juge du procès, savoir neuf mois d'incarcération. Je conviens avec le ministère public qu'une peine d'incarcération de neuf mois aurait été appropriée dans les circonstances. Cela dit, une longue peine d'emprisonnement avec sursis assortie de conditions restrictives aurait également pu convenir.

Dans les cas où tant une peine d'incarcération que l'emprisonnement avec sursis seraient des peines appropriées, la seconde sanction devrait généralement être imposée. Cette conclusion découle de l'al. 718.2e) du *Code criminel*, qui précise que toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances doivent être examinées à l'égard de tous les délinquants. Je tiens toutefois à souligner qu'il pourrait survenir des cas où une courte période d'emprisonnement ferme sera préférable à une longue peine d'emprisonnement avec sursis.

Je n'ai pas à décider si nous sommes en présence d'un tel cas en l'espèce. L'intimé a terminé de purger entièrement sa peine d'emprisonnement avec sursis en septembre 1998. De plus, dans le cours de ses plaidoiries devant notre Cour, le

19

20

21

22

any further punishment. Thus, whether this Court imposes a sentence of incarceration or a conditional sentence will make no practical difference to the respondent. Accordingly, I am content to grant the order requested by the Crown. I would allow the appeal, restore the nine-month sentence of incarceration imposed by the trial judge, and stay the service of the sentence.

23

Although this conclusion seems to differ from the result I have reached in *L.F.W.*, *supra*, the present appeal can be distinguished from *L.F.W.* in three respects. First, in *L.F.W.*, the conditional sentence imposed was considerably longer than the nine-month conditional sentence imposed by the Court of Appeal in this case. Had the Court of Appeal imposed a significantly longer conditional sentence, I would not have interfered, given the deference to which sentencing decisions by appellate courts are entitled. Second, in *L.F.W.*, the offender was arguably rehabilitated, as demonstrated by the 25-year period that had elapsed without any further criminal activity. Finally, in *L.F.W.*, the conditional sentence imposed by the trial judge (and confirmed by the majority of the Court of Appeal) was entitled to considerable deference, according to the standard enunciated in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90, and *Proulx*, *supra*, at paras. 123-26. The Court of Appeal's sentence in this case, although entitled to some deference, is not entitled to the same level of deference accorded to sentences imposed by trial judges. I would add that in *L.F.W.*, I might well have imposed a term of incarceration were it not for the deference I was bound to give to the sentence imposed by the trial judge (at para. 25).

VI. Disposition

24

I would allow the appeal, restore the nine-month sentence of incarceration imposed by the trial judge, and stay the service of this sentence, given

ministère public a affirmé que, même s'il avait gain de cause, il ne demanderait pas de sanction additionnelle. Par conséquent, que notre Cour prononce une peine d'incarcération ou encore une peine d'emprisonnement avec sursis, cela ne changera rien à la situation de l'intimé. Je suis donc disposé à rendre l'ordonnance demandée par le ministère public. J'accueillerais le pourvoi, je rétablirais la peine d'incarcération de neuf mois infligée par le juge du procès et je surseoirais à l'exécution de la peine d'incarcération de neuf mois.

Bien que cette conclusion semble différer de celle que j'ai tirée dans l'affaire *L.F.W.*, précitée, le présent pourvoi se distingue de celle-ci sous trois rapports. Premièrement, l'ordonnance d'emprisonnement avec sursis rendue dans *L.F.W.* était considérablement plus longue que l'ordonnance de neuf mois prononcée par la Cour d'appel. Si cette dernière avait prononcé une ordonnance d'une durée beaucoup plus longue, je ne serais pas intervenu étant donné la retenue dont il faut faire montre à l'endroit des peines infligées par les cours d'appel. Deuxièmement, dans *L.F.W.*, il était possible de soutenir que le délinquant était réadapté, comme en témoignait la période de 25 ans qui s'était écoulée sans qu'il ne commette d'autres crimes. Enfin, suivant la norme énoncée dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 90, et dans *Proulx*, précité, aux par. 123 à 126, il y avait lieu de faire montre, dans *L.F.W.*, d'une grande retenue à l'égard de la peine d'emprisonnement avec sursis prononcée par le juge du procès (et confirmée par les juges majoritaires de la Cour d'appel). Même s'il convient de faire montre d'une certaine retenue à l'égard de la peine infligée par la Cour d'appel en l'espèce, le degré de retenue applicable n'est pas le même qu'à l'égard des peines prononcées par les juges présidant les procès. Je tiens à ajouter que, dans *L.F.W.*, j'aurais été enclin à infliger une peine d'incarcération, n'eût été de la retenue dont je devais faire montre à l'égard de la peine infligée par le juge du procès (au par. 25).

VI. Le dispositif

J'accueillerais le pourvoi, je rétablirais la peine d'incarcération d'une durée de neuf mois infligée par le juge du procès et je surseoirais à l'exécution

the fact that the respondent has already served his conditional sentence in its entirety and the Crown is not seeking any further punishment. The probation order should remain in force.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — I agree with the reasons of the Chief Justice with the exception of his comments regarding his disposition of the appeal in *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6, in view of my dissent in that case.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — I agree with the reasons of the Chief Justice with the exception of his comments regarding his disposition of the appeal in *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6, in view of my concurrence in the dissent of Justice L'Heureux-Dubé in that case.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I agree with the reasons of the Chief Justice with the exception of his comments regarding his disposition of the appeal in *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6, in view of my concurrence in the dissent of Justice L'Heureux-Dubé in that case.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. — I agree with the reasons of the Chief Justice with the exception of his comments regarding his disposition of the appeal in *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6, in view of my concurrence in the dissent of Justice L'Heureux-Dubé in that case.

Appeal allowed.

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

de cette peine, étant donné que l'intimé a déjà purgé entièrement sa peine d'emprisonnement avec sursis et que le ministère public ne demande pas de sanction additionnelle. L'ordonnance de probation devrait demeurer en vigueur.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je suis d'accord avec les motifs exposés par le Juge en chef, sauf en ce qui concerne ses commentaires pour justifier le résultat auquel il arrive dans *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6, étant donné ma dissidence dans ce pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je suis d'accord avec les motifs exposés par le Juge en chef, sauf en ce qui concerne ses commentaires pour justifier le résultat auquel il arrive dans *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6, étant donné que je souscris aux motifs de dissidence du juge L'Heureux-Dubé dans cette affaire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — Je suis d'accord avec les motifs exposés par le Juge en chef, sauf en ce qui concerne ses commentaires pour justifier le résultat auquel il arrive dans *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6, étant donné que je souscris aux motifs de dissidence du juge L'Heureux-Dubé dans cette affaire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE — Je suis d'accord avec les motifs exposés par le Juge en chef, sauf en ce qui concerne ses commentaires pour justifier le résultat auquel il arrive dans *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6, étant donné que je souscris aux motifs de dissidence du juge L'Heureux-Dubé dans cette affaire.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

25

26

27

28

Solicitor for the respondent: Bruce Ralston, Surrey, B.C.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intimé: Bruce Ralston, Surrey (C.-B.).

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

R.A.R. *Respondent*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Ontario *Interveners*

INDEXED AS: R. v. R.A.R.

Neutral citation: 2000 SCC 8.

File No.: 26377.

1999: May 25, 26; 2000: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Accused convicted of one count of sexual assault and two counts of common assault — Sentencing provisions and relevant facts changing after trial but prior to sentence appeal — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional sentence for jail term — Review of sentence imposed by Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2.

Criminal law — Sentencing — Legislative amendments — Accused convicted of one count of sexual assault and two counts of common assault — Sentencing provisions changing after trial but prior to sentence appeal — Whether accused entitled to benefit from new sentencing provisions — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e).

The accused was convicted of one count of sexual assault and two counts of assault committed against a former employee. He was sentenced to one year of

*Cory J. took no part in the judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

R.A.R. *Intimé*

et

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. R.A.R.

Référence neutre: 2000 CSC 8.

N° du greffe: 26377.

1999: 25, 26 mai; 2000: 31 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Accusé déclaré coupable d'un chef d'agression sexuelle et de deux chefs de voies de fait simples — Changements survenus dans les dispositions relatives à la détermination de la peine et les faits pertinents après le procès mais avant l'appel visant la peine — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une ordonnance d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération qui avait été infligée? — Contrôle de la peine prononcée par la Cour d'appel — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2.

Droit criminel — Détermination de la peine — Modifications législatives — Accusé déclaré coupable d'un chef d'agression sexuelle et de deux chefs de voies de fait simples — Modification des dispositions relatives à la détermination de la peine après le procès mais avant l'appel visant la peine — L'accusé avait-il droit au bénéfice de l'application des nouvelles dispositions relatives à la détermination de la peine? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e).

L'accusé a été déclaré coupable d'un chef d'agression sexuelle et de deux chefs de voies de fait contre une ancienne employée. Il a été condamné à un an d'incarcé-

*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

incarceration followed by three years of supervised probation for the count of sexual assault and to fines for the two counts of assault. He appealed the convictions and the sentences. After trial but prior to the appeal, amendments to the sentencing provisions in the *Criminal Code* came into force and the conditional sentence became an option for offenders sentenced to less than two years of imprisonment. In addition to this change in the law, shortly before the appeal, a different panel of the Manitoba Court of Appeal quashed two prior convictions of the accused for sexual assault.

The Court of Appeal upheld the convictions on the three counts. However, it found that the accused was entitled to the benefit of the new sentencing provisions. Given the changes in the law and the relevant facts, the Court of Appeal considered that in a real sense, this was an appeal *de novo*. It allowed the sentence appeal and imposed a nine-month global sentence made up of six months for the sexual assault, two months for the first common assault, and one month for the second common assault to be served consecutively in the community.

Held (Lamer C.J. and Iacobucci J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The Court of Appeal was correct in holding that the accused was entitled to the benefit of the conditional sentencing regime on appeal. The court erred, however, in imposing the six-month conditional sentence for the sexual assault. The sentence was unfit in light of the gravity of the offences committed and the accused's moral blameworthiness given his abuse of a position of authority. This aggravating factor, combined with the demeaning and violent nature of the assaults, make the punitive objectives of denunciation and deterrence particularly pressing in this case. The Court of Appeal erred in failing to give significant weight to these objectives and in imposing a short conditional sentence, where a sentence of incarceration was the preferable sanction. Accordingly, the one-year sentence of incarceration for the sexual assault imposed by the trial judge is restored, to be followed by a three-month conditional sentence for the common assaults and

ration et trois années de probation sous surveillance pour le chef d'agression sexuelle, et au paiement d'amendes pour les deux chefs de voies de fait. Il a interjeté appel des déclarations de culpabilité et des peines prononcées contre lui. Par suite de l'entrée en vigueur, après le procès mais avant l'audition de l'appel, de modifications aux dispositions du *Code criminel* relatives à la détermination de la peine, les tribunaux pouvaient désormais octroyer le sursis à l'emprisonnement aux délinquants condamnés à une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. Outre cette modification du droit applicable, une formation différente de la Cour d'appel du Manitoba avait annulé, peu de temps avant l'appel, deux déclarations de culpabilité pour agression sexuelle prononcées plus tôt contre l'accusé.

Les déclarations de culpabilité afférentes aux trois chefs d'accusation ont été confirmées par la Cour d'appel, qui a cependant jugé que l'accusé avait droit au bénéfice de l'application des nouvelles dispositions relatives à la détermination de la peine. Compte tenu des changements survenus dans le droit applicable et les circonstances pertinentes, la Cour d'appel a considéré qu'il s'agissait, en réalité, d'un appel *de novo* de la détermination de la peine. Elle a accueilli l'appel de la peine et infligé à l'accusé un emprisonnement global de neuf mois, soit une période de six mois pour l'agression sexuelle et des périodes de deux mois pour le premier épisode de voies de fait simples et d'un mois pour le deuxième, à être purgées consécutivement dans la collectivité.

Arrêt (le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Major, Bastarache et Binnie: La Cour d'appel a eu raison de juger que l'intimé avait droit, en appel, au bénéfice de l'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. Toutefois, la Cour d'appel a fait erreur en infligeant une peine d'emprisonnement avec sursis de six mois pour l'agression sexuelle. Cette peine était inappropriée eu égard à la gravité des infractions commises et de la culpabilité morale dont l'accusé a fait preuve en abusant de sa situation d'autorité. En raison de la présence de cette circonstance aggravante et de la nature violente et avilissante des agressions commises, les objectifs punitifs de dénonciation et de dissuasion revêtent un caractère particulièrement pressant en l'espèce. La Cour d'appel a commis une erreur en n'accordant pas tout le poids requis par ces objectifs et en infligeant une courte peine d'emprisonnement avec sursis, alors qu'une peine d'incarcération était la sanction préférable. Par conséquent, la peine d'un an d'incarcération

three years probation imposed by the trial judge for the sexual assault. The service of the sentences should be stayed, however, as the offender has now served his nine-month conditional sentence in full.

Per Lamer C.J. and Iacobucci J. (dissenting): The Court of Appeal was correct in holding that the accused was entitled to the benefit of the conditional sentencing regime on appeal. The accused is entitled to the benefit of any amendments to sentencing provisions in force at the time of the appeal that provide for a lesser penalty. Since a conditional sentence is less restrictive of liberty than incarceration, it constitutes a mitigation of punishment within the meaning of s. 44(e) of the *Interpretation Act*.

Sentencing decisions of courts of appeal are entitled to some deference from this Court. The degree of deference to be given appellate courts is an issue that will arise only in exceptional cases, given that this Court rarely hears appeals relating to sentences. Accordingly, although the sentence imposed by the Court of Appeal appears to be somewhat lenient, it should not be interfered with given the Court of Appeal's careful analysis of the relevant sentencing principles and review of the evidence.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226; **referred to:** *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. Boudreau*, [1996] N.W.T.J. No. 107 (QL); *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171; *Janzen v. Platy Entreprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. Dunn, [1995] 1 S.C.R. 226; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149,

prononcée par le juge du procès pour l'agression sexuelle est rétablie. Cette peine sera suivie d'un emprisonnement avec sursis de trois mois pour les voies de fait simples et de la période de trois ans de probation imposée par le juge du procès pour l'agression sexuelle. Il y a toutefois lieu de surseoir à l'exécution de ces peines, étant donné que le délinquant a purgé au complet sa peine de neuf mois d'emprisonnement avec sursis.

Le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (dissidents): La Cour d'appel a eu raison de juger que l'accusé avait droit, en appel, au bénéfice de l'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. L'accusé a droit au bénéfice de toute modification des dispositions relatives à la détermination de la peine qui était en vigueur au moment de l'appel et qui établit une peine moins sévère. L'emprisonnement avec sursis étant une sanction moins privative de liberté que l'incarcération, elle emporte allègement de la sanction au sens de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*.

Notre Cour doit faire montre d'une certaine retenue à l'égard des peines déterminées par les cours d'appel. La question du degré de retenue dont notre Cour doit faire montre envers les peines infligées par les cours d'appel ne se soulèvera qu'exceptionnellement, compte tenu du fait que notre Cour n'entend que rarement des appels relatifs à la peine. Par conséquent, quoique la peine imposée par la Cour d'appel semble relativement clémente, il n'y a pas lieu de la modifier étant donné que la Cour d'appel a soigneusement examiné les principes pertinents de détermination de la peine et tenu compte de la preuve au dossier.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226; **arrêts mentionnés:** *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. Boudreau*, [1996] N.W.T.J. No. 107 (QL); *R. c. Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171; *Janzen c. Platy Entreprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. Dunn, [1995] 1 R.C.S. 226; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149,

2000 SCC 7; *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], ss. 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 742.1(a), (b) [repl. 1997, c. 18, s. 107.1].
Criminal Law Improvement Act, 1996, S.C. 1997, c. 18, s. 107.1.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e).

Authors Cited

Marshall, Patricia. "Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1997), 125 C.C.C. (3d) 558, 123 Man. R. (2d) 91, 159 W.A.C. 91, [1998] 2 W.W.R. 707, [1997] M.J. No. 539 (QL), allowing the accused's appeal from a sentence of one year of imprisonment followed by three years of probation, and fines imposed by Schwartz J. Appeal allowed, Lamer C.J. and Iacobucci J. dissenting.

Matthew Britton, for the appellant.

James E. McLandress, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Kenneth L. Campbell and *Gregory J. Tweney*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The reasons of Lamer C.J. and Iacobucci J. were delivered by

1

THE CHIEF JUSTICE (dissenting) — This is a Crown appeal from a decision of the Manitoba Court of Appeal substituting a conditional sentence for the jail term imposed by the sentencing judge. This case was heard together with the appeals in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v.*

2000 CSC 7; *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie XXIII [rempl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 742.1 [repl. 1997, ch. 18, art. 107.1].
Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale, L.C. 1997, ch. 18, art. 107.1.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e).
Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22.

Doctrine citée

Marshall, Patricia. "Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1997), 125 C.C.C. (3d) 558, 123 Man. R. (2d) 91, 159 W.A.C. 91, [1998] 2 W.W.R. 707, [1997] M.J. No. 539 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre la peine d'emprisonnement d'un an assortie de trois ans de probation, ainsi que les amendes que lui avait infligées le juge Schwartz. Pourvoi accueilli, le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci sont dissidents.

Matthew Britton, pour l'appelante.

James E. McLandress, pour l'intimé.

S. Ronald Fainstein, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Kenneth L. Campbell et *Gregory J. Tweney*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Iacobucci rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissident) — Le ministère public se pourvoit en l'espèce contre la décision de la Cour d'appel du Manitoba de substituer une ordonnance d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée par le juge qui a déterminé la peine. Le présent pourvoi a été

L.F.W., [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7, and *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9. At issue in all of these appeals are the principles governing the pronouncement of conditional sentences in the new legislative scheme. These reasons are concerned primarily with the application of the principles set out in *Proulx*, *supra*. In addition, this case raises questions about the effects of changes in the law and in the facts between the pronouncement of the sentence by the trial judge and the hearing of the appeal.

I. Factual Background

The respondent was convicted on May 2, 1996, of one count of sexual assault and two counts of assault committed against a former employee in her early twenties, who worked on his farm. I will rely on the Court of Appeal's statement of facts ((1997), 123 Man. R. (2d) 91, at p. 96) which was endorsed by the parties in their written submissions before this Court:

In November of 1990, the [respondent] was harnessing a horse in his barn when he cornered the complainant, placed his hands inside her pants and pulled her pubic hair. He then directed her into a box stall where he ordered her to lie down on the straw. He then proceeded to take off her pants and inserted his finger in her vagina, told her not to tell anyone and departed for breakfast.

The second incident occurred in February of 1991 in the barn when the complainant was putting a halter on a horse. The [respondent] pulled on the halter so that she stumbled and fell. He placed one arm around her neck and put a finger up each of her nostrils and pulled quite hard causing her nose to bleed.

The third assault occurred in the summer of 1991, when the [respondent] came into the garden where the complainant was working, telling her it was time to eat. He then grabbed her from behind by her wrists, had his two sons and a friend grab her feet and carry her to the house. When she struggled, the boys let go of her feet but the [respondent] dragged her by her wrists across a

entendu en même temps que les affaires *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7, et *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9. Tous ces pourvois portent sur les principes qui régissent l'octroi du sursis à l'emprisonnement dans le cadre du nouveau régime établi par la loi. Les présents motifs s'attachent principalement à l'application des principes énoncés dans l'arrêt *Proulx*, précité. Le présent pourvoi soulève également la question de l'incidence de changements qui surviennent dans le droit et dans les faits entre le prononcé de la peine par le juge du procès et l'audition de l'appel.

I. Les faits

Le 2 mai 1996, l'intimé a été déclaré coupable d'un chef d'agression sexuelle et de deux chefs de voies de fait contre une ancienne employée de sa ferme, qui était âgée d'une vingtaine d'années au moment des événements pertinents. Je m'en remets à l'exposé des faits qu'a préparé la Cour d'appel ((1997), 123 Man. R. (2d) 91, à la p. 96) et auquel ont souscrit les parties dans leurs observations écrites à notre Cour:

[TRADUCTION] En novembre 1990, [l'intimé] était à harnacher un cheval dans son écurie lorsqu'il a immobilisé la plaignante, a glissé ses mains dans son pantalon et a tiré les poils de son pubis. Il l'a ensuite entraînée dans une stalle et lui a ordonné de s'étendre sur la paille. Il lui a ensuite retiré son pantalon et lui a introduit un doigt dans le vagin, après quoi il lui a dit de n'en parler à personne et il est allé prendre son petit déjeuner.

Le deuxième événement s'est produit en février 1991. Pendant que la plaignante passait un collier à un cheval dans l'écurie, [l'intimé] a tiré sur le collier, faisant trébucher la plaignante qui s'est alors retrouvée au sol. Il a passé un bras autour de son cou, puis a introduit un doigt dans chacune de ses narines et a tiré si fort qu'il l'a fait saigner.

Les voies de fait faisant l'objet du troisième chef d'accusation sont survenues au cours de l'été 1991, lorsque [l'intimé] s'est amené dans le potager où travaillait la plaignante et lui a dit que c'était l'heure de manger. Il l'a alors saisie par derrière par les poignets, puis a dit à ses deux fils et à un ami de la prendre par les pieds et ils l'ont transportée dans la maison. La plaignante s'est

gravel driveway. During this incident, he told the [complainant] that she was fat and he laughed. He also told her that she had to go to eat when he told her.

débatue, les garçons ont lâché ses pieds, mais [l'intimé] l'a tirée par ses poignets dans une allée de gravier. Pendant l'événement, [l'intimé] a dit à la plaignante qu'elle était grosse et il a ri. Il lui a aussi dit que, lorsqu'il lui disait d'aller manger, elle devait le faire.

3 The respondent was sentenced in June 1996 to one year of incarceration for the count of sexual assault and to fines for the two counts of assault. The respondent appealed the convictions and the sentences. After trial but prior to the appeal, the amendments to Part XXIII of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (*An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 ("Bill C-41")), came into force.

En juin 1996, l'intimé a été condamné à un an d'incarcération pour le chef d'agression sexuelle et au paiement d'amendes pour les deux chefs de voies de fait. Il a interjeté appel des déclarations de culpabilité et de la peine. Après le procès, mais avant l'audition de l'appel, les modifications apportées à la partie XXIII du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, par la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 (le «projet de loi C-41»), sont entrées en vigueur.

II. Relevant Statutory Provisions

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

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

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgement of the harm done to victims and to the community.

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de

circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

(i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,

(iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

(i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard;

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

III. Judgments Below

A. *Manitoba Court of Queen's Bench (Reasons for Sentence)*, C.R. 94-03-0028, June 6, 1996

5 The respondent was sentenced on June 6, 1996. At the time of sentencing, Bill C-41 was not yet in force. Accordingly, Schwartz J., the sentencing judge, did not have the option of imposing a conditional sentence.

6 Schwartz J. began by noting that the case had attracted a considerable amount of interest because of the high visibility of the respondent in his local community and the horse-racing community. He stated that the respondent was a valued and involved member of the community in which he resided. The respondent had a sound marriage and was a successful entrepreneur. In considering the appropriate sentence, Schwartz J. reviewed the various principles of sentencing. He found that in this case, the elements of general deterrence and denunciation seemed to be more important than the others. He was satisfied that the respondent would likely never re-offend, and that he was rehabilitated. If that were the only concern, he would not have been sent to prison. In order to deter others and to show the rest of the community that the respondent's conduct was reprehensible, however, he found that a prison sentence was required. On the sexual assault count, Schwartz J. imposed a sentence of one year's incarceration to be served consecutively to a term to which the respondent had already been sentenced for a prior conviction on two counts of sexual assault. The term of imprisonment was to be followed by three years of supervised probation. On the assault charges, the respondent was sentenced to pay fines of \$10,000 and \$2,000, and in default thereof, to serve one year and three months in jail respectively.

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine du Manitoba (motifs justifiant la peine)*, C.R. 94-03-0028, 6 juin 1996

Le 6 juin 1996, lorsque l'intimé s'est vu infliger sa peine, le projet de loi C-41 n'était pas encore en vigueur. Par conséquent, le juge Schwartz, qui a déterminé la peine, n'avait pas la faculté de prononcer l'emprisonnement avec sursis.

Ce dernier a tout d'abord fait remarquer que l'affaire avait suscité beaucoup d'intérêt parce que l'intimé était bien connu au sein de sa collectivité et dans le milieu des courses de chevaux. Il a affirmé que l'intimé était un membre à la fois estimé et engagé de la collectivité où il résidait. Il avait un mariage solide et une entreprise prospère. Pour déterminer la peine appropriée, le juge Schwartz a examiné les différents principes applicables en la matière. Il a estimé que, en l'espèce, les objectifs de dissuasion générale et de dénonciation semblaient avoir plus d'importance que les autres objectifs. Il s'est dit convaincu que l'intimé ne récidiverait vraisemblablement jamais et qu'il était réadapté. S'il s'était agi de sa seule préoccupation, il n'aurait pas ordonné l'incarcération de l'intimé. Toutefois, afin de dissuader autrui d'agir ainsi et d'indiquer au reste de la collectivité le caractère répréhensible de la conduite de l'intimé, il a jugé qu'une peine d'emprisonnement s'imposait. Relativement au chef d'agression sexuelle, le juge Schwartz a condamné l'intimé à une peine d'un an d'incarcération, à purger consécutivement à celle qui lui avait déjà été infligée par suite d'une déclaration de culpabilité antérieure pour deux autres chefs d'agression sexuelle. La peine d'emprisonnement devait être suivie de trois années de probation sous surveillance. Pour ce qui est des accusations de voies de fait, l'intimé a été condamné au paiement d'amendes de 10 000 \$ et de 2 000 \$ ou, à défaut de paiement, à des peines d'emprisonnement d'un an et de trois mois respectivement.

B. *Manitoba Court of Appeal* (1997), 123 Man. R. (2d) 91

The respondent appealed the convictions and the sentences. The convictions on the three counts were upheld by the Court of Appeal.

Prior to the hearing of the appeal, Bill C-41 came into force. The conditional sentence was now an option for offenders sentenced to less than two years of imprisonment. In addition to this change in the law, there was also a change in the relevant facts. At the time of the original sentencing, the respondent had just been convicted on two other counts of sexual assault in an unrelated case, for which two 10-month concurrent sentences of incarceration had been imposed. Shortly before the appeal, a different panel of the Manitoba Court of Appeal quashed these convictions: (1997), 118 Man. R. (2d) 37. In addition, by the time the appeal in this case was heard, the respondent had paid \$10,000 to the complainant pursuant to a Manitoba Human Rights Board settlement.

The Court of Appeal found that the respondent was entitled to the benefit of the new sentencing provisions which came into force after his original sentencing. Given changes in both the law and the relevant facts, the Court of Appeal considered that in a real sense, this was an appeal *de novo*.

The court reviewed the various decisions under the conditional sentencing regime, and concluded that because of the confusion surrounding the provisions, they had been applied inconsistently. According to the Court of Appeal, the further amendment to s. 742.1(b) (*Criminal Law Improvement Act, 1996*, S.C. 1997, c. 18, s. 107.1), which came into force on May 2, 1997, appeared to clarify that judges should consider the principles of sentencing twice: first when determining if and for

B. *Cour d'appel du Manitoba* (1997), 123 Man. R. (2d) 91

L'intimé a interjeté appel de la déclaration de culpabilité et de la peine. Les déclarations de culpabilité afférentes aux trois chefs d'accusation ont été confirmées par la Cour d'appel.

Avant l'audition de l'appel, le projet de loi C-41 est entré en vigueur. Le sursis à l'emprisonnement pouvait désormais être octroyé aux délinquants condamnés à une peine d'emprisonnement de moins de deux ans. Outre cette modification du droit applicable, un changement était également survenu dans les circonstances pertinentes à la détermination de la peine. Au moment du prononcé de celle-ci par le juge du procès, l'intimé venait tout juste d'être déclaré coupable de deux chefs d'agression sexuelle dans une affaire distincte et condamné à deux peines concurrentes de 10 mois d'emprisonnement. Peu avant l'appel, une formation différente de la Cour d'appel du Manitoba avait annulé ces déclarations de culpabilité: (1997), 118 Man. R. (2d) 37. De plus, lorsque l'appel a été entendu, l'intimé avait déjà versé 10 000 \$ à la plaignante, conformément à un règlement intervenu devant la Commission des droits de la personne du Manitoba.

La Cour d'appel a jugé que l'intimé avait droit au bénéfice de l'application des nouvelles dispositions en matière de détermination de la peine entrées en vigueur après le prononcé initial de la peine. Compte tenu des changements survenus dans le droit applicable et les circonstances pertinentes, la Cour d'appel a considéré qu'il s'agissait, en réalité, d'un appel *de novo* de la détermination de la peine.

La Cour d'appel a examiné les différentes décisions rendues en application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement et a jugé que, en raison de la confusion suscitée par les dispositions pertinentes, celles-ci avaient été appliquées de manière incohérente. Selon elle, la modification qui a été apportée à l'art. 742.1 pour y ajouter l'exigence relative à la conformité à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine (*Loi de 1996 visant à améliorer la législation pénale*, L.C. 1997,

7

8

9

10

how long incarceration was required, and then again when determining whether that sentence should be served in the community. The court noted that notwithstanding the amendment, the main thrust of the legislation as a whole remained the crafting of sentences that treat imprisonment as a last resort, and that no offenders or offences were automatically precluded from the benefits of the new conditional sentencing regime, provided they met the benchmark of time and non-danger to the community.

ch. 18, art. 107.1), et qui est entrée en vigueur le 2 mai 1997, a semblé indiquer que les tribunaux devraient prendre deux fois en compte les principes de détermination de la peine: d'abord au moment de décider de l'opportunité et, le cas échéant, de la durée de l'incarcération, et ensuite au moment de décider si la peine devrait être purgée au sein de la collectivité. La Cour d'appel a souligné que, malgré cette modification, l'aspect central des dispositions dans leur ensemble demeurerait l'utilisation de l'emprisonnement comme mesure de dernier recours dans la détermination de la peine, et qu'aucune infraction et aucun délinquant n'étaient d'office exclus du champ d'application du nouveau régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, pourvu que les exigences relatives à la durée de l'emprisonnement infligé et à l'absence de danger pour la collectivité soient respectées.

11

In this case, the court felt that the respondent was a good candidate for a conditional sentence. He was unlikely to re-offend, and rehabilitation was not an issue. Most importantly, denunciation and deterrence would be effectively achieved if he were forced to live in his own small community, conspicuously confined by strict limitations as to his movement and endeavours. The only reason to put the respondent in prison would be to seek revenge or retribution for the totally unacceptable manner in which he treated his young and vulnerable employee. Nothing in the evidence suggested that the respondent was likely to be a danger to his community. In so finding, the court kept in mind all of the principles of sentencing set out in the *Criminal Code*, including the principle that an offender should not be deprived of his liberty if less restrictive sanctions are appropriate. The court concluded that the shame, the loss of respect, and the condemnation of the community, as well as the strict conditions to which the respondent would be subject, would be sufficient to forcefully impress upon him that his conduct was totally unacceptable and that there was a need for immediate and drastic change.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel a estimé que l'intimé était un bon candidat à l'octroi du sursis à l'emprisonnement. Il était peu probable qu'il récidive et sa réinsertion sociale ne posait pas problème. Mais, surtout, les objectifs de dénonciation et de dissuasion seraient effectivement réalisés s'il était contraint à vivre au sein de sa petite collectivité, tout en étant ouvertement assujéti à des limites strictes dans ses déplacements et ses activités. L'incarcération de l'intimé aurait pour seul but de chercher à venger ou à châtier la manière tout à fait inacceptable dont il a traité sa jeune et vulnérable employée. Rien dans la preuve n'indiquait que l'intimé risquait de mettre en danger la sécurité de la collectivité. Pour tirer cette conclusion, la Cour d'appel a gardé à l'esprit tous les principes de détermination de la peine énoncés dans le *Code criminel*, y compris le principe que le délinquant ne doit pas être privé de sa liberté si les circonstances justifient des sanctions moins contraignantes. La Cour d'appel a jugé que la honte, la déconsidération et la condamnation de la collectivité, conjuguées aux conditions strictes que serait tenu d'observer l'intimé, suffiraient à bien lui faire comprendre que sa conduite était tout à fait inacceptable et qu'un changement immédiat et radical s'imposait.

The court allowed the sentence appeal and imposed a nine-month global sentence made up of six months for the sexual assault, two months for the first common assault, and one month for the second common assault, to be served consecutively. The court found that this case warranted the application of s. 742.1 and therefore ordered the respondent to serve his sentence in the community. In addition to the mandatory conditions, the court ordered that the respondent complete 100 hours of community service within the first six months, that he complete a sexual offender course chosen by his supervisor, and that he be confined to his farm property at all times, subject to limited exceptions.

IV. Issue

At issue in this appeal is whether the Court of Appeal erred in substituting a conditional sentence for the jail term imposed by the trial judge.

V. Analysis

A. *Benefit of the Conditional Sentencing Regime on Appeal*

The Court of Appeal was correct in holding that the respondent was entitled to the benefit of the conditional sentencing regime on appeal. I rely on s. 44(e) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, which provides that:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

. . . .

(e) when any punishment, penalty or forfeiture is reduced or mitigated by the new enactment, the punishment, penalty or forfeiture if imposed or adjudged after the repeal shall be reduced or mitigated accordingly;

As my colleague Major J. held in *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226, at para. 27:

La Cour d’appel a accueilli l’appel de la peine et a infligé à l’intimé un emprisonnement global de neuf mois, soit une période de six mois pour l’agression sexuelle et des périodes de deux mois pour le premier épisode de voies de fait simples et d’un mois pour le deuxième, à être purgées consécutivement. Estimant qu’il s’agissait d’un cas justifiant l’application de l’art. 742.1, la cour a ordonné à l’intimé de purger sa peine au sein de la collectivité. En sus des conditions obligatoires prévues, la Cour d’appel a ordonné à l’intimé d’accomplir 100 heures de service communautaire pendant les six premiers mois, de suivre un cours destiné aux délinquants sexuels choisi par son agent de surveillance et de s’abstenir de quitter sa ferme, sauf dans certains cas limités.

IV. La question en litige

La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur en substituant une ordonnance de sursis à l’emprisonnement à la peine d’incarcération infligée par le juge du procès.

V. L’analyse

A. *Bénéfice en appel du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement*

La Cour d’appel a eu raison de juger que l’intimé avait droit, en appel, au bénéfice de l’application du régime d’octroi du sursis à l’emprisonnement. Je fonde cette conclusion sur l’al. 44e) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, dont voici le texte:

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent:

. . . .

e) les sanctions dont l’allègement est prévu par le nouveau texte sont, après l’abrogation, réduites en conséquence;

Comme l’a dit mon collègue le juge Major dans *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226, au par. 27:

12

13

14

15

I conclude that s. 44(e) of the *Interpretation Act* resolves the question raised by this appeal. Where an amendment to a sentencing provision has been passed after the conviction and sentence by the trial judge, but before the appeal has been “decided”, the offender is entitled to the benefit of the lesser penalty or punishment.

The same reasoning applies here. The respondent is entitled to the benefit of any amendments to sentencing provisions in force at the time of the appeal that provide for a lesser penalty, or, in the language of s. 44(e), a reduction or mitigation of punishment.

Je conclus que l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation* résout la question que soulève le présent pourvoi. Lorsqu'une modification à une disposition portant sur l'imposition de sentences a été apportée après la déclaration de culpabilité et le prononcé de la sentence par le juge du procès, mais avant qu'il n'ait été statué sur l'appel, le contrevenant a le droit de bénéficier de la peine la moins sévère.

Le même raisonnement s'applique en l'espèce. L'intimé a droit au bénéfice de toute modification des dispositions relatives à la détermination de la peine qui était en vigueur au moment de l'appel et qui établit une peine moins sévère ou, suivant le texte de l'al. 44e), entraîne l'allègement de la sanction originale.

16

At trial, the respondent was sentenced to a term of imprisonment of one year. Pursuant to s. 742.1(a), a conditional sentence is now an option in circumstances where a sentence of imprisonment of less than two years is imposed, provided the other statutory prerequisites are met. Had the conditional sentencing regime and the additional sentencing provisions in Bill C-41 been in force at the time of sentencing, the trial judge would have given the possibility of a conditional sentence some consideration. This follows from s. 718.2(e) which provides that a court should consider all alternatives to incarceration that are reasonable in the circumstances. Since a conditional sentence is less restrictive of liberty than incarceration, it constitutes a mitigation of punishment within the meaning of s. 44(e) of the *Interpretation Act*. Accordingly, the respondent should be entitled to the benefit of the conditional sentencing regime on appeal.

À l'issue du procès, l'intimé a été condamné à une peine d'emprisonnement d'un an. Les tribunaux ont maintenant la faculté, en vertu de l'art. 742.1, de prononcer l'emprisonnement avec sursis dans les cas où le délinquant est condamné à un emprisonnement de moins de deux ans, dans la mesure où les autres préalables prévus par la loi sont respectés. Si le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement et les autres dispositions du projet de loi C-41 concernant la détermination de la peine avaient été en vigueur au moment du prononcé de la peine, le juge du procès aurait pu envisager la possibilité d'accorder le sursis à l'emprisonnement. Cette constatation découle de l'al. 718.2e), qui précise que le tribunal doit examiner toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances. L'emprisonnement avec sursis étant une sanction moins privative de liberté que l'incarcération, elle emporte allègement de la sanction au sens de l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*. Par conséquent, l'intimé devrait avoir droit, en appel, au bénéfice de l'application du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement.

B. *Review of Sentence Imposed by Court of Appeal*

B. *Contrôle de la peine prononcée par la Cour d'appel*

17

As a result of the intervening changes to both the applicable law and the relevant facts between trial and appeal, the Court of Appeal re-sentenced the respondent, as it was entitled to. This raises the issue of what standard of review this Court should

En raison des changements qui sont survenus entre le procès et l'audition de l'appel dans le droit applicable et les circonstances pertinentes, la Cour d'appel a procédé à nouveau à la détermination de la peine de l'intimé, comme elle était habilitée à le

apply to the sentence imposed by the Court of Appeal.

In *Proulx, supra*, the Court considered the standard of appellate review applicable to sentences imposed by trial judges. The Court reaffirmed its holding in *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90, that

absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit.

As explained in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 91, this deferential standard of review has “profound functional justifications”. Two of the justifications set out in *M. (C.A.)* are that sentencing judges, serving on the front lines of the criminal justice system, generally have more day-to-day experience in sentencing matters than many appellate court judges. Second, and more importantly, the sentencing judge will generally have a better knowledge of the community in which the offences occurred and is therefore in a better position to craft an appropriate sentence.

In light of the foregoing, it is my view that a sentence imposed by a court of appeal is not entitled to the same level of deference as that imposed by a sentencing judge. However, this is not to say that such a sentence is entitled to no deference whatsoever. Provincial appellate courts deal with appeals from sentence more frequently than this Court, which, as noted in *Proulx, supra*, at para. 2, rarely hears such appeals. And while a court of appeal is generally further removed from the community in which the offences occurred than a sentencing judge, it will almost invariably be closer to the community than this Court.

faire. Cette situation soulève la question de savoir quelle est la norme de contrôle que doit appliquer notre Cour à l’égard de la peine infligée par la Cour d’appel.

Dans *Proulx*, précité, notre Cour s’est penchée sur la norme de contrôle applicable par les cours d’appel à l’égard de la peine prononcée par le juge du procès. Elle a réitéré la conclusion suivante, prononcée dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 90:

[S]auf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d’appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n’est manifestement pas indiquée.

Comme l’a expliqué notre Cour dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 91, cette norme de contrôle préconisant la retenue a de «profondes justifications fonctionnelles». Voici deux des justifications qui ont été énoncées dans *M. (C.A.)*. Premièrement, du fait qu’il sert en première ligne de notre système de justice pénale, le juge qui détermine la peine a généralement plus d’expérience pratique en la matière que bon nombre de juges des cours d’appel. Deuxièmement, facteur plus important encore, il connaît généralement mieux la collectivité où l’infraction a été perpétrée et il est donc mieux placé pour fixer une peine appropriée.

À la lumière de ce qui précède, je suis d’avis qu’il n’y a pas lieu de faire montre du même degré de retenue envers une peine infligée par une cour d’appel qu’envers celle prononcée par le juge du procès. Cela ne veut toutefois pas dire que notre Cour ne doit faire montre d’aucune retenue envers les peines infligées par une cour d’appel. En effet, les cours d’appel provinciales sont plus fréquemment saisies d’appels relatifs à la peine que notre Cour qui, comme il est précisé au par. 2 de l’arrêt *Proulx*, précité, entend rarement des appels de cette nature. De plus, quoique les cours d’appel soient généralement plus éloignées des collectivités où les infractions ont été commises que les juges appelés à déterminer les peines, elles sont néanmoins presque invariablement plus près de celles-ci que ne l’est notre Cour.

18

19

20

21

Therefore, I am of the opinion that sentencing decisions of courts of appeal are entitled to some deference from this Court. I hasten to add that the degree of deference to be given appellate courts is an issue that will arise only in exceptional cases, given that this Court rarely hears appeals relating to sentences.

C. Application of the Principles Set Out in Proulx to the Case at Hand

22

I would not interfere with the sentence imposed by the Court of Appeal. I say this despite the fact that the Court of Appeal seems to have adopted a rigid two-step approach, in deviation from the approach set down in *Proulx, supra*. In reaching its decision, the Court of Appeal carefully considered the evidentiary record, noting that since the original sentencing, the respondent's previous sexual assault convictions had been quashed and he had paid \$10,000 to the complainant pursuant to a Manitoba Human Rights Board settlement. The court concluded that the safety of the community would not be endangered by the respondent's presence there, as the respondent was unlikely to re-offend and his rehabilitation was not an issue. It considered the application of the principle of restraint in the use of incarceration and addressed the relevant objectives of sentencing. It found that the shame, the loss of respect, the condemnation of his community which the respondent has brought upon himself, together with the strict conditions to which he would be subject pursuant to his sentence would sufficiently vindicate objectives such as denunciation and deterrence. The Court of Appeal acknowledged the demeaning conduct of the respondent towards his employee, but decided that this did not constitute an absolute bar to a conditional sentence in the circumstances. It imposed a nine-month sentence with stringent conditions such as house arrest, community work and treatment for sexual offenders (to be chosen by the respondent's supervisor). Although this sentence appears to be somewhat lenient and, had I been the sentencing judge, I might have imposed a longer conditional sentence or a term of incarceration, I am reluctant to substitute my opinion for that of

Par conséquent, je suis d'avis que notre Cour doit faire montre d'une certaine retenue à l'égard des peines déterminées par les cours d'appel. Je m'empresse toutefois d'ajouter que la question du degré de retenue dont notre Cour doit faire montre envers les peines infligées par les cours d'appel ne se soulèvera qu'exceptionnellement, compte tenu du fait que notre Cour n'entend que rarement des appels relatifs à la peine.

C. Application au présent cas des principes énoncés dans Proulx

Je ne modifierais pas la peine infligée par la Cour d'appel, et ce malgré le fait que cette dernière semble avoir appliqué une démarche rigide en deux étapes, dérogeant ainsi à celle exposée dans *Proulx*, précité. Avant de rendre sa décision, la Cour d'appel a soigneusement examiné la preuve au dossier, soulignant que depuis la détermination initiale de la peine, les déclarations de culpabilité prononcées contre l'intimé à l'égard d'autres agressions sexuelles avaient été annulées et que ce dernier avait versé 10 000 \$ à la plaignante conformément à un règlement intervenu devant la Commission des droits de la personne du Manitoba. La cour a jugé que la sécurité de la collectivité ne serait pas mise en danger par la présence de l'intimé, d'une part parce qu'il était peu probable que l'intimé récidive et d'autre part parce que sa réinsertion sociale ne posait pas problème. La Cour d'appel a pris en considération le principe de la modération dans le recours à l'incarcération et elle a examiné les objectifs pertinents de la détermination de la peine. Elle est arrivée à la conclusion que la honte, la déconsidération et la condamnation de la collectivité que s'était attiré l'intimé, conjuguées aux conditions strictes auxquelles il serait assujéti dans l'exécution de sa peine, répondraient suffisamment aux objectifs de dénonciation et de dissuasion. La Cour d'appel a reconnu le caractère avilissant de la conduite de l'intimé vis-à-vis de son employée, mais elle a jugé que ce fait ne constituait pas un empêchement absolu à l'octroi du sursis à l'emprisonnement dans les circonstances. Elle a infligé une peine d'emprisonnement de neuf mois assortie de conditions rigoureuses comme la détention à domicile, le service communautaire et la participation à un programme

the Court of Appeal for the reasons set out at paras. 20 and 21.

VI. Disposition

Given the Court of Appeal's careful analysis of the relevant sentencing principles and review of the evidence, I do not feel that I can interfere. I would dismiss the appeal.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal turns on whether the Court of Appeal erred in sentencing the respondent, who was the complainant's employer, to a global nine-month conditional sentence for one count of sexual assault and two counts of common assault. Specifically, the sentence comprised: six months for the sexual assault, and two months and one month for the respective counts of common assault. With respect, I find that the Court of Appeal erred in imposing the six-month conditional sentence for the sexual assault. In doing so, it substituted a short conditional sentence for the one-year sentence of incarceration imposed at trial. Based on the sentencing principles set out in the companion appeal of *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, I find that the Court of Appeal's sentence was unfit in light of the gravity of the offences committed and the respondent's moral blameworthiness given his abuse of a position of authority.

I adopt the statement of facts and the judgments below set out by the Chief Justice and I agree with the law on the principles of sentencing as set out in

de traitement destiné aux délinquants sexuels (choisi par l'agent de surveillance de l'intimé). Quoique cette peine semble relativement clément et que, si j'avais présidé le procès, j'aurais peut-être infligé soit une peine d'emprisonnement avec sursis plus longue soit une peine d'incarcération, j'hésite, pour les raisons exposées aux par. 20 et 21, à substituer mon opinion à celle de la Cour d'appel.

VI. Le dispositif

Étant donné que la Cour d'appel a soigneusement analysé les principes pertinents de détermination de la peine et tenu compte de la preuve, je n'estime pas être justifié d'intervenir. Je rejeterais donc le pourvoi.

Version française de jugement des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en condamnant l'intimé — qui était l'employeur de la plaignante — à une peine d'emprisonnement de neuf mois avec sursis pour un chef d'agression sexuelle et deux chefs de voies de fait simples. Plus précisément, la peine comprenait six mois pour le chef d'agression sexuelle, ainsi que deux mois et un mois respectivement pour les chefs de voies de fait simples. En toute déférence, j'estime que la Cour d'appel a fait erreur en infligeant une peine d'emprisonnement de six mois avec sursis pour l'agression sexuelle. En agissant ainsi, elle a substitué une courte période d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération d'un an prononcée au procès. Au regard des principes de détermination de la peine énoncés dans le pourvoi connexe *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, j'estime que la peine infligée par la Cour d'appel est inappropriée eu égard à la gravité des infractions commises et à la culpabilité morale dont l'intimé a fait preuve en abusant de sa situation d'autorité.

J'adopte l'exposé des faits et des décisions antérieures tel que relaté par le Juge en chef, et je souscris aux principes de détermination de la peine et à

23

24

25

Proulx, supra. In addition, I recognize that the respondent was entitled to the benefit of the new sentencing provisions enacted in Bill C-41 (now S.C. 1995, c. 22) in light of the majority's decision in *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226.

26 While the Court of Appeal was entitled to review the respondent's sentence, it ought to have recognized that the trial judge's finding that the fit and proper sentence for the sexual assault under the old provisions — one year's incarceration plus three years' probation — was a relevant reflection of the gravity of the acts in question and the need for denunciation and general deterrence in this case. (On the gravity of sexual assault as an offence and its pervasiveness in Canadian society more generally, see: *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 669; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 68 to 75, *per* L'Heureux-Dubé J.; on problems relating to sentencing in sexual assault cases, see: P. Marshall, "Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.)

27 The Court of Appeal substituted a six-month conditional sentence for the one-year sentence of incarceration imposed at trial, thereby imposing a significantly more lenient sentence (see *Proulx, supra*, at para. 44). In my opinion, this showed a serious disregard for the need to give significant weight to denunciation and deterrence in cases such as this one.

28 The court suggested that, in this case, these objectives could be "effectively achieved if this prominent [respondent] is forced to live in his own small community, conspicuously confined by strict limitations as to his movement and his endeavours" ((1997), 123 Man. R. (2d) 91, at p. 99). In my opinion, while service of the sentence in the community and house arrest might well achieve an appropriate measure of denuncia-

l'état du droit énoncés dans l'arrêt *Proulx*, précité. Je reconnais également que, conformément à la décision de la majorité de notre Cour dans *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226, l'intimé avait droit au bénéfice de l'application des nouvelles dispositions en matière de détermination de la peine établies par le projet de loi C-41 (maintenant L.C. 1995, ch. 22).

Quoique la Cour d'appel ait été habilitée à réviser la sentence de l'intimé, elle aurait dû reconnaître que la conclusion du juge du procès que la peine juste et appropriée pour l'agression sexuelle selon les anciennes dispositions — un an d'incarcération et trois années de probation — reflétait bien la gravité des actes en cause ainsi que le besoin de dénonciation et de dissuasion générale en l'espèce. (En ce qui concerne la gravité de l'agression sexuelle en tant qu'infraction et, de façon plus générale, son caractère insidieux au sein de la collectivité canadienne, voir: *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 669; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, aux par. 68 à 75, le juge L'Heureux-Dubé; quant aux problèmes de détermination de la peine en matière d'agression sexuelle, voir: P. Marshall, «Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216.)

La Cour d'appel a substitué une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération d'un an qui avait été imposée au procès, imposant ainsi une peine beaucoup plus clémente (voir *Proulx*, précité, au par. 44). Je suis d'avis que, ce faisant, la cour a sérieusement mis de côté la nécessité d'accorder tout le poids requis pour rencontrer les objectifs de dénonciation et de dissuasion dans des cas tels que celui-ci.

La Cour d'appel a dit que, en l'espèce, ces objectifs pourraient [TRADUCTION] «effectivement être réalisés si l'appelant [intimé], qui est une personne bien en vue, [était] forcé de vivre au sein de sa petite collectivité et que sa liberté de se déplacer et de vaquer à ses activités était ouvertement assujettie à des restrictions rigoureuses» ((1997), 123 Man. R. (2d) 91, à la p. 99). À mon avis, bien que le fait pour le délinquant de purger sa peine au sein

tion and deterrence in some circumstances, it did not send a sufficiently strong message in this case.

Schwartz J. recognized that there was little or no risk of re-offence and that with the support of family and friends, the offender would rehabilitate himself. Nevertheless, the record also shows that the trial judge was aware that many members of the respondent's community supported him and tended to deny that the respondent could have committed the offence of which he was convicted. Taking into account these factors, he emphasized that in light of the gravity of the sexual assault and other assaults committed, the court needed to send the message to the community that this type of conduct was reprehensible and would not be tolerated. In his view, this meant that the objectives of denunciation and general deterrence were more important than the objective of rehabilitation in this case. In fact, he viewed the one-year sentence requested by the Crown for the sexual assault conviction as being at the "low end of the scale" and stated:

The Court, on behalf of the community, denounces [conduct such as sexual assault] in fixing the sentence. The more worthy of denunciation, the higher the sentence to show that the community will not accept that type of conduct by its members.

(Man. Q.B., C.R. 94-03-0028, June 6, 1996, at p. 4 (transcript).)

The changes in the sentencing regime brought about by Bill C-41 entitled the Court of Appeal to re-weigh the objectives of denunciation, deterrence and rehabilitation in light of the new emphasis on restorative objectives. They also entitled the court to consider the possibility of imposing a conditional sentence. Although the Court of Appeal made no finding that the respondent showed voluntary signs of remorse or acknowledged responsibility for his acts, it did note that since the imposition of the original sentence, he had made a

de la collectivité, en détention à domicile, puisse, dans certaines circonstances, produire le degré de dénonciation et de dissuasion approprié, ces mesures n'envoient pas un message suffisamment fort en l'espèce.

Le juge Schwartz a reconnu qu'il n'y avait que peu ou pas de risque que l'intimé récidive et que, avec le soutien de sa famille et de ses amis, celui-ci pourrait se réhabiliter. Néanmoins, il ressort du dossier que le juge du procès était au courant du fait qu'un bon nombre de membres de la communauté de l'intimé l'appuyaient et avaient tendance à rejeter l'idée qu'il ait pu commettre l'infraction dont il avait été déclaré coupable. Tenant compte de ces facteurs, le juge Schwartz a souligné que, en raison de la gravité de l'agression sexuelle et des autres voies de fait perpétrées, le tribunal se devait de signaler à la collectivité que ce type de comportement était répréhensible et ne serait pas toléré. Pour lui, cela signifiait que les objectifs de dissuasion générale et de dénonciation étaient ici plus importants que l'objectif de réinsertion sociale. De fait, il a indiqué qu'il considérait que la peine d'emprisonnement d'un an requise par le ministère public pour l'agression sexuelle se situait à [TRADUCTION] «l'extrémité inférieure de la fourchette des peines applicables», et il a dit ceci:

[TRADUCTION] Au nom de la collectivité, la cour dénonce [les comportements telles les agressions sexuelles] dans la détermination de la peine. Plus la conduite doit être dénoncée, plus sévère sera la peine infligée afin d'indiquer que la collectivité ne tolérera pas ce genre de conduite de la part de ses membres.

(B.R. Man., C.R. 94-03-0028, 6 juin 1996, à la p. 4 (transcription).)

Les modifications apportées au régime de détermination de la peine par le projet de loi C-41 habilitaient la Cour d'appel à soulever à nouveau les objectifs de dénonciation, de dissuasion et de réinsertion sociale, compte tenu de l'importance nouvelle accordée aux objectifs de justice corrective. Ces modifications permettaient également à la cour d'envisager la possibilité d'infliger une peine d'emprisonnement avec sursis. Quoique la cour n'ait tiré aucune conclusion indiquant que l'intimé manifestait volontairement des signes de remords

payment of \$10,000 to the complainant pursuant to a settlement of the complainant's proceedings before the Manitoba Human Rights Commission relating to the same incidents. This weighed in favour of restorative objectives and therefore of a conditional sentence. (See s. 718(f) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and *Proulx, supra*, at para. 113.) In my view, however, this factor was not so important as to outweigh the need for a one-year sentence of incarceration in order to provide sufficient denunciation and deterrence, as found by the trial judge.

ou reconnaissait sa responsabilité pour les actes qu'il avait commis, elle a souligné que, depuis le prononcé de la peine initiale, l'intimé avait versé la somme de 10 000 \$ à la plaignante en règlement de la procédure engagée par celle-ci devant la Commission des droits de la personne du Manitoba relativement aux mêmes événements. Ce fait militait en faveur de la poursuite d'objectifs de justice corrective et, par conséquent, en faveur du prononcé d'une peine d'emprisonnement avec sursis. (Voir l'al. 718f) du *Code Criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et l'arrêt *Proulx*, précité, au par. 113.) À mon avis, toutefois, ce facteur n'était pas important au point d'écarter le besoin d'infliger une peine d'incarcération d'un an afin de dénoncer et dissuader suffisamment ce genre de crime tel que déterminé par le juge du procès.

31 I am mindful of the fact that the respondent's prior convictions for sexual assault in two separate cases had been quashed by the Court of Appeal before it heard the appeal in this case. This removed one of the aggravating factors the trial judge weighed in his sentencing decision. However, I note that there were several other aggravating factors which remained, including: the abuse of a position of authority by an employer against his employee (see s. 718.2(a)(iii) of the *Criminal Code*); the violent and demeaning nature of the acts committed; the naïveté and vulnerability of the complainant; and the harm done to her career and family life. In my opinion, these remaining aggravating factors were sufficient to militate against the short conditional sentence imposed by the Court of Appeal.

Je suis consciente du fait que, avant d'entendre cet appel, la Cour d'appel avait annulé des déclarations de culpabilité pour agression sexuelle prononcées antérieurement contre l'intimé dans deux affaires distinctes. Cette décision a eu pour effet d'éliminer une des circonstances aggravantes dont le juge du procès avait tenu compte dans la détermination de la peine. Cependant, je souligne que subsistaient plusieurs autres circonstances aggravantes, notamment: l'abus d'autorité commis par l'employeur à l'égard d'une employée (voir le sous-al. 718.2a)(iii) du *Code criminel*); le caractère violent et avilissant des actes de l'intimé; la naïveté et la vulnérabilité de la plaignante, ainsi que le tort causé à sa carrière et à sa vie familiale. À mon avis, ces facteurs aggravants étaient suffisants pour militer contre la courte peine d'emprisonnement avec sursis imposée par la Cour d'appel.

32 The Court of Appeal erred in failing to take sufficient account of the key aggravating factor in this case: the offender's abuse of his position of authority by assaulting the complainant in the workplace. (For an appropriate recognition of similar conduct as an aggravating factor, see: *R. v. Boudreau*, [1996] N.W.T.J. No. 107 (QL) (S.C.), at para. 18; for a general discussion of the meaning of "position of authority" and "position of trust", see: *R. v. Audet*, [1996] 2 S.C.R. 171, at paras. 33-45; for recognition of the relationship of power and

La Cour d'appel a commis une erreur en ne tenant pas suffisamment compte de la principale circonstance aggravante en l'espèce: l'abus de sa situation d'autorité dont s'est rendu coupable l'intimé en agressant la plaignante sur les lieux de travail. (Pour une affaire où un comportement semblable a été considéré à juste titre comme un facteur aggravant, voir: *R. c. Boudreau*, [1996] N.W.T.J. No. 107 (QL) (C.S.), au par. 18; pour une analyse générale du sens des expressions «situation d'autorité» et «situation de confiance», voir: *R. c.*

authority between employer and employee in the context of sexual harassment, see: *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252, at p. 1281.)

In *Proulx*, *supra*, at para. 114, this Court stated:

Where punitive objectives such as denunciation and deterrence are particularly pressing, such as cases in which there are aggravating circumstances, incarceration will generally be the preferable sanction. This may be so notwithstanding the fact that restorative goals might be achieved by a conditional sentence.

The respondent's abuse of his position of authority, combined with the demeaning and violent nature of the assaults, make the punitive objectives of denunciation and deterrence particularly pressing in this case. The Court of Appeal therefore erred in imposing a short conditional sentence, where a sentence of incarceration was the preferable sanction.

For these reasons, I find that a six-month conditional sentence for the sexual assault was unfit in the circumstances of this case. As was the case in *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7, the Crown conceded in oral argument that it was not seeking further punishment now that the respondent has served his conditional sentence in full. Thus, I do not have to decide whether a longer conditional sentence with more stringent conditions might also have satisfied the new sentencing principles, as this would have no practical effect for this respondent. With respect to the common assaults, the Crown conceded on appeal that the fines imposed at trial were not appropriate. I would therefore defer to the Court of Appeal's finding that conditional sentences of two months and one month respectively were appropriate for the common assaults.

Audet, [1996] 2 R.C.S. 171, aux par. 33 à 45; pour une affaire où on a reconnu l'influence, dans le contexte du harcèlement sexuel, du pouvoir et de l'autorité dont jouissent les employeurs vis-à-vis de leurs employés, voir: *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252, à la p. 1281.)

Dans l'arrêt *Proulx*, précité, notre Cour a déclaré ceci, au par. 114:

Lorsque des objectifs punitifs tels que la dénonciation et la dissuasion sont particulièrement pressants, par exemple en présence de circonstances aggravantes, l'incarcération sera généralement la sanction préférable, et ce en dépit du fait que l'emprisonnement avec sursis pourrait également permettre la réalisation d'objectifs correctifs.

En raison de l'abus par l'intimé de sa situation d'autorité et de la nature violente et avilissante des agressions qu'il a commises, les objectifs punitifs de dénonciation et de dissuasion revêtent un caractère particulièrement pressant en l'espèce. La Cour d'appel a donc fait erreur en infligeant une courte peine d'emprisonnement avec sursis, alors qu'une peine d'incarcération était la sanction préférable.

Pour ces motifs, j'estime que la peine d'emprisonnement avec sursis de six mois infligée pour l'agression sexuelle était une sanction inappropriée dans les circonstances. Tout comme il l'a fait dans l'affaire *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7, le ministère public a concédé, au cours des plaidoiries, qu'il ne sollicitait pas de sanction additionnelle, maintenant que l'intimé a entièrement purgé sa peine d'emprisonnement avec sursis. Par conséquent, puisque cela n'aurait aucune conséquence d'ordre pratique pour l'intimé, je n'ai pas à décider si une peine de cette nature, mais plus longue et assortie de conditions plus rigoureuses, pouvait respecter les nouveaux principes de détermination de la peine. Pour ce qui est des chefs de voies de fait simples, le ministère public a reconnu, en appel, que les amendes infligées au procès n'étaient pas une sanction appropriée. Je souscris donc à la conclusion de la Cour d'appel que les peines d'emprisonnement avec sursis de deux mois et d'un mois infligées à l'égard des chefs de voies de fait simples étaient des sanctions appropriées.

33

34

35

I would therefore allow the appeal, set aside the six-month conditional sentence imposed by the Court of Appeal for the sexual assault, and restore the one-year sentence of incarceration imposed by Schwartz J. for this offence, to be followed by a three-month conditional sentence for the common assaults and three years' probation imposed by the trial judge for the sexual assault. I would nevertheless stay the service of the sentences in this case, based on the Crown's concessions in oral argument before this Court.

Appeal allowed, LAMER C.J. and IACOBUCCI J. dissenting.

Solicitor for the appellant: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Taylor, McCaffrey, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais la peine d'emprisonnement avec sursis de six mois infligée par la Cour d'appel pour l'agression sexuelle et je rétablirais la peine d'un an d'incarcération prononcée par le juge Schwartz à l'égard de cette infraction. Cette peine sera suivie d'un emprisonnement avec sursis de trois mois pour les voies de fait simples et de la période de probation de trois ans imposée par le juge du procès pour l'agression sexuelle. Toutefois, je surseoirais à l'exécution de ces peines en l'espèce, en raison des concessions faites par le ministère public au cours des plaidoiries devant notre Cour.

Pourvoi accueilli, le juge en chef LAMER et le juge IACOBUCCI sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Justice Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Taylor, McCaffrey, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Thomas Andrew Bunn *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the
Attorney General for Ontario** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. BUNN

Neutral citation: 2000 SCC 9.

File No.: 26339.

1999: May 25, 26; 2000: January 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Criminal law — Sentencing — Legislative amendment — Accused sentenced to two years' incarceration — New legislation introducing conditional sentencing regime after trial but before appeal — Conditional sentence available when sentence of less than two years imposed — Whether accused eligible to conditional sentence on appeal.

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Lawyer convicted of breach of trust — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional sentence for two-year penitentiary term imposed by sentencing judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

The accused, a lawyer, was retained by Soviet lawyers to recover and remit inheritances of money from the estates of six deceased Manitoba and Saskatchewan residents. In all cases, he converted part of the trust money received for each of the beneficiaries from his trust account to his general account. When the conversions were discovered by the Law Society, his right to practice was suspended. He was later disbarred. The

*Cory J. took no part in the judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Thomas Andrew Bunn *Intimé*

et

**Le procureur général du Canada et le
procureur général de l'Ontario** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. BUNN

Référence neutre: 2000 CSC 9.

N° du greffe: 26339.

1999: 25, 26 mai; 2000: 31 janvier.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Détermination de la peine — Modification législative — Accusé condamné à deux ans d'incarcération — Nouvelles dispositions législatives établissant après le procès mais avant l'appel de la peine le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement — Sursis à l'emprisonnement applicable lorsqu'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans est infligée — L'accusé était-il admissible en appel à l'emprisonnement avec sursis?

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Avocat déclaré coupable d'abus de confiance — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une peine d'emprisonnement avec sursis à la peine de deux ans d'incarcération infligée par le juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

Des avocats soviétiques avaient retenu les services de l'accusé, un avocat, afin qu'il recouvre et remette des héritages — en l'occurrence des sommes d'argent — provenant de la succession de six défunts résidents du Manitoba et de la Saskatchewan. Dans tous les cas, l'accusé a détourné, de son compte en fidéicommiss à son compte général, une partie des fonds en fiducie qu'il avait reçus pour chacun des bénéficiaires. Lorsqu'elle a

*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

accused was convicted of six counts of breach of trust and sentenced to two years' incarceration. At the time of sentencing, the accused was married with one teenage daughter. His wife was disabled and confined to a wheelchair. After trial but prior to the appeal, Bill C-41 and the conditional sentencing regime came into force. The Court of Appeal allowed the accused's appeal from sentence and imposed a conditional sentence of two years less a day.

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

Per Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Bill C-41 introduced the conditional sentencing regime and significant changes to the principles of sentencing. These changes raise the distinct possibility that a judge who sentenced an offender to a short penitentiary term prior to the introduction of Bill C-41, particularly a term of exactly two years, would have found that a sentence of less than two years was appropriate had the new provisions been in force at the time of sentencing. The offender would therefore have been eligible for a conditional sentence. Accordingly, the new amendments constitute a potential mitigation of punishment for such an offender, and should apply on appeal.

Where there has been an intervening change in the law between sentencing and appeal, it is as though the sentencing judge has committed an error in principle, because relevant principles have not been considered. The Court of Appeal need not, therefore, defer to all of the trial judge's findings, and can proceed to re-sentence the accused in light of the new principles. In reviewing the Court of Appeal's sentence, this Court should accord it some deference.

In this case, there is no reason to interfere with the Court of Appeal's sentence. None of the offences carried a minimum term of imprisonment. The decision to reduce the sentence to less than two years was justified in light of the changes in the law. The effect of ss. 718.2(e) and 718(e) and (f) was sufficient to warrant

découvert les détournements, la Société du Barreau a d'abord suspendu le droit d'exercice de l'accusé, puis elle l'a radié de ses rangs. L'accusé a été déclaré coupable de six accusations d'abus de confiance et a été condamné à deux ans d'incarcération. Au moment de la détermination de la peine, l'accusé était marié et avait une fille adolescente. Son épouse était invalide et confinée dans un fauteuil roulant. Après le procès mais avant l'audition de l'appel, le projet de loi C-41 et le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement sont entrés en vigueur. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé contre la peine qui lui avait été infligée et elle y a substitué une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour.

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

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major: Le projet de loi C-41 a établi le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, en plus d'apporter d'importantes modifications aux principes de détermination de la peine. Ces modifications soulèvent concrètement la possibilité que le juge qui a condamné un délinquant à une courte peine d'incarcération avant l'adoption du projet de loi C-41, en particulier à une peine de deux ans exactement, aurait plutôt estimé, si les nouvelles dispositions avaient été en vigueur au moment du prononcé de la peine, qu'il était approprié de lui infliger une peine de moins de deux ans. Le délinquant aurait de ce fait été admissible à l'octroi du sursis à l'emprisonnement. En conséquence, les modifications pourraient entraîner un allègement de la sanction imposée à un tel délinquant et elles devraient être appliquées en appel.

Lorsque le droit a changé entre le prononcé de la peine et l'appel, une telle situation est assimilée à une erreur de principe du juge qui a déterminé la peine puisque des principes pertinents n'ont pas été pris en considération. La Cour d'appel n'est donc pas obligée de faire montre de retenue envers toutes les conclusions du juge du procès, et elle peut procéder de nouveau à la détermination de la peine de l'accusé à la lumière des nouveaux principes. Lorsque notre Cour contrôle la peine infligée par la Cour d'appel, elle doit faire montre d'une certaine retenue envers cette décision.

En l'espèce, il n'y a aucune raison de modifier la peine infligée par la Cour d'appel. Aucune des infractions en cause n'était punissable d'une peine minimale d'emprisonnement. La décision de substituer une peine de moins de deux ans à la peine initiale était justifiée compte tenu des modifications apportées à la loi. L'effet

a reduction of the sentence in this case. The Court of Appeal reasonably concluded that the ruin and humiliation that the accused had brought down upon himself and his family, together with the loss of his professional status, could provide sufficient denunciation and deterrence when coupled with a conditional sentence of two years less a day with house arrest. The court also imposed a condition of 200 hours of community service which was capable of achieving the restorative objective of reparation to the community. Moreover, the Court of Appeal noted important mitigating circumstances in this case. The accused was the sole provider and caregiver for both his disabled wife and their daughter. The Court of Appeal's sentence provided sufficient denunciation and deterrence, and was not disproportionately lenient.

Per L'Heureux-Dubé, Bastarache and Binnie JJ. (dissenting): The trial judge's sentence should be restored. An intervening change in the law does not necessarily give rise to re-sentencing by the Court of Appeal. Rather, it gives rise to a right of review to determine whether the sentence of the trial judge is inconsistent with the new sentencing principles and therefore in error. Here, the Court of Appeal did not have sufficient reason to interfere with the trial judge's decision to impose the penitentiary term. The two-year sentence of incarceration was neither unfit, nor inconsistent with the new principles of sentencing introduced by Bill C-41.

While the changes to the *Criminal Code* would in a proper case permit a reduction of a sentence to two years less a day, thereby triggering the consideration of a conditional sentence, this is not an appropriate case for community sanctions. The focus of the sanction for criminal breach of trust is denunciation and general deterrence. Lawyers convicted of criminal breach of trust have generally been sentenced to jail. This emphasis on denunciation and general deterrence is particularly important when courts punish lawyers who have committed criminal breach of trust. First, the criminal dishonesty of lawyers has profound effects on the public's ability to conduct business that affect people far beyond the victims of the particular crime. Second, as officers of the court, lawyers are entrusted with heightened duties, the breach of which brings the administration of justice into disrepute. Thirdly, judges are drawn

des al. 718.2e), 718e) et f) était suffisant pour justifier la réduction de la peine infligée en l'espèce. La Cour d'appel a raisonnablement jugé que la ruine et l'humiliation subies tant par l'accusé que par sa famille, ainsi que la perte par l'accusé de son statut professionnel, conjuguées à une ordonnance d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour assortie de la détention à domicile, répondraient suffisamment aux objectifs de dénonciation et de dissuasion. La Cour d'appel a également assorti l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement de l'obligation pour l'accusé d'accomplir 200 heures de service communautaire, condition permettant de réaliser l'objectif correctif de réparation des torts causés à la collectivité. En outre, la Cour d'appel a souligné la présence d'importantes circonstances atténuantes en l'espèce. L'accusé devait pourvoir seul aux besoins de sa fille et de son épouse ainsi qu'aux soins requis par cette dernière qui était invalide. La peine infligée par la Cour d'appel a un effet de dénonciation et de dissuasion suffisant, et elle n'était pas démesurément clémente.

Les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Binnie (dissidents): La peine infligée par le juge du procès devrait être rétablie. Un changement dans le droit applicable ne donne pas nécessairement ouverture à une nouvelle détermination de la peine par la cour d'appel. Un tel changement fait plutôt naître le droit de contrôler la peine infligée par le juge du procès pour déterminer si elle est incompatible avec le nouveau régime de détermination de la peine et si elle est, de ce fait, erronée. En l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas de raison suffisante de modifier la décision du juge du procès d'imposer une peine d'incarcération dans un pénitencier. La peine de deux ans d'incarcération n'était ni inappropriée, ni incompatible avec les nouveaux principes de détermination de la peine introduits par le projet de loi C-41.

Quoique les modifications apportées au *Code criminel* puissent, dans un cas s'y prêtant, permettre au tribunal de réduire à deux ans moins un jour la durée de la peine infligée initialement et ainsi de pouvoir envisager l'emprisonnement avec sursis, le présent cas ne justifie pas l'infliction de sanctions communautaires. La sanction du crime d'abus de confiance vise d'abord et avant tout les objectifs de dénonciation et de dissuasion générale. Les avocats déclarés coupables au criminel d'abus de confiance ont généralement été condamnés à l'emprisonnement. Cette insistance sur la dénonciation et la dissuasion générale est particulièrement importante lorsque les tribunaux punissent des avocats ayant commis le crime d'abus de confiance. Premièrement, la malhonnêteté criminelle des avocats a des répercussions profondes sur la capacité du public de faire des affaires, répercussions qui touchent bien d'autres personnes que

from the legal profession and there is a duty to ensure public confidence in the pool from which members of the bench are selected. Finally, judges must be particularly scrupulous in sentencing lawyers in a manner that dispels any apprehension of bias. A lawyer should receive, and be seen to receive, the same treatment as any other person convicted of a similar crime. Any perception that a lawyer might receive more lenient consideration by the courts must be guarded against.

Even if the Court of Appeal correctly relied on the introduction of the conditional sentencing regime to revisit the sentence, given that denunciation and deterrence are the primary principles of sentencing engaged by a breach of trust by a lawyer, a conditional sentence would be disproportionately lenient in this case. The facts display a significant level of criminal culpability and the short penitentiary sentence imposed by the trial judge was proportionate to the gravity of the offence. The severity of this sentence is seriously undermined by the substitution of a conditional sentence of two years less a day. This is more than a reduction of a single day, it is also significantly less severe in terms of incarceration.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8; *R. v. Kineapple*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500.

By Bastarache J. (dissenting)

R. v. Proulx, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226; *R. v. Bergeron*, [1998] Q.J. No. 3539 (QL); *R. v.*

les seules victimes du crime qui a été perpétré. Deuxièmement, en qualité d'officiers de justice, les avocats se voient confier des devoirs importants, dont la violation déconsidère l'administration de la justice. Troisièmement, comme les juges sont choisis parmi les avocats, il incombe de maintenir la confiance du public dans le bassin d'où sont issus les membres de la magistrature. Enfin, lorsque le délinquant est un avocat, les juges doivent déterminer scrupuleusement la peine, de manière à dissiper toute crainte de partialité. Les avocats doivent non seulement être traités de la même manière que toute autre personne déclarée coupable d'un crime semblable, mais également être perçus comme l'ayant été. Les tribunaux doivent éviter de donner l'impression qu'ils font montre d'une plus grande indulgence à l'endroit des avocats.

Même si la Cour d'appel s'était à bon droit fondée sur l'établissement du régime d'octroi de l'emprisonnement avec sursis pour contrôler la peine, l'octroi du sursis à l'emprisonnement dans le présent cas équivaldrait à faire montre d'une clémence disproportionnée étant donné que la dénonciation et la dissuasion sont les principes premiers de la détermination de la peine qui entrent en jeu en cas d'abus de confiance par un avocat. Les faits de la présente affaire témoignent d'un degré appréciable de culpabilité criminelle et la courte peine d'incarcération infligée par le juge du procès était proportionnée à la gravité de l'infraction. La sévérité de la peine est gravement diminuée par le fait qu'on y a substitué une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour. Il ne s'agit pas que d'une simple réduction d'une journée; l'emprisonnement avec sursis est également une peine beaucoup moins sévère que l'incarcération.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8; *R. c. Kineapple*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226; *R. c. Bergeron*, [1998] A.Q. n° 3539 (QL); *R. c.*

Manolescu (1997), 202 A.R. 241; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Barker* (1995), 102 Man. R. (2d) 305; *R. v. Kelleher*, [1995] M.J. No. 398 (QL); *R. v. Ryan*, [1976] 6 W.W.R. 668; *R. v. Salmon*, Alta. Q.B., Calgary 9001-2179-02, October 21, 1991; *R. v. Gingera*, [1966] 1 C.C.C. 273; *R. v. Oliver*, [1977] 5 W.W.R. 344; *R. v. Shandro* (1985), 65 A.R. 311; *Marchessault v. La Reine*, C.A. Mtl., No. 500-10-000035-848, July 12, 1984; *R. v. Foran*, [1970] 1 C.C.C. 336.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], ss. 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 742.1(a), (b) [repl. 1997, c. 18, s. 107.1].
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1997), 125 C.C.C. (3d) 570, 118 Man. R. (2d) 300, 149 W.A.C. 300, [1997] M.J. No. 543 (QL), allowing the accused's appeal from a sentence of two years' imprisonment imposed by Scollin J. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Bastarache and Binnie JJ. dissenting.

Matthew Britton, for the appellant.

Martin D. Glazer, for the respondent.

S. Ronald Fainstein, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Kenneth L. Campbell and Gregory J. Tweney, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, McLachlin, Iacobucci and Major was delivered by

THE CHIEF JUSTICE — This is a Crown appeal from a decision of the Manitoba Court of Appeal substituting a conditional sentence for the penitentiary term imposed by the trial judge. This case was heard together with the appeals in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v.*

Manolescu (1997), 202 A.R. 241; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Barker* (1995), 102 Man. R. (2d) 305; *R. c. Kelleher*, [1995] M.J. No. 398 (QL); *R. c. Ryan*, [1976] 6 W.W.R. 668; *R. c. Salmon*, B.R. Alb., Calgary 9001-2179-02, 21 octobre 1991; *R. c. Gingera*, [1966] 1 C.C.C. 273; *R. c. Oliver*, [1977] 5 W.W.R. 344; *R. c. Shandro* (1985), 65 A.R. 311; *Marchessault c. La Reine*, C.A. Mtl., n° 500-10-000035-848, 12 juillet 1984; *R. c. Foran*, [1970] 1 C.C.C. 336.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, partie XXIII [rempl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 742.1 [repl. 1997, ch. 18, art. 107.1].
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e).
Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1997), 125 C.C.C. (3d) 570, 118 Man. R. (2d) 300, 149 W.A.C. 300, [1997] M.J. No. 543 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre la peine de deux ans d'emprisonnement imposée par le juge Scollin. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Binnie sont dissidents.

Matthew Britton, pour l'appelante.

Martin D. Glazer, pour l'intimé.

S. Ronald Fainstein, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Kenneth L. Campbell et Gregory J. Tweney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

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

LE JUGE EN CHEF — Le ministère public se pourvoit en l'espèce contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba dans lequel celle-ci a substitué une peine d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération dans un pénitencier qui avait été infligée par le juge du procès. Le présent pour-

L.F.W., [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7, and *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8. Like *R.A.R.* and *R.N.S.*, this case raises questions about the effects of changes in the law between the pronouncement of the sentence by the trial judge and the hearing of the appeal.

I. Factual Background

2 The respondent, a lawyer, began an agency relationship with an association of lawyers in the former Soviet Union. The Soviet lawyers retained the respondent to recover and remit inheritances of money from the estates of six deceased Manitoba and Saskatchewan residents. The money involved was sent to the respondent by the executors of the estates or their solicitors, and he acted for the beneficiaries pursuant to a power of attorney signed by each of the beneficiaries. The respondent was also the executor of one estate.

3 In all cases, the respondent converted part of the trust money received for each of the beneficiaries from his trust account to his general account. Approximately \$86,000 was converted through 145 separate transfers between February 1986 and September 1989, after he had already taken 10 per cent as fees for his services. The conversions were discovered by a spot audit conducted by the Law Society of Manitoba in October 1989. The Law Society suspended the respondent's right to practice and later disbarred him.

4 The respondent was convicted of six counts of breach of trust and six counts of theft, although the theft charges were stayed pursuant to the principles set out in *R. v. Kienapple*, [1975] 1 S.C.R. 729. At the time of sentencing, the respondent was 45 years old and employed with a local corporation. He was married with one teenage daughter. His wife was disabled and confined to a wheelchair.

voix a été entendu en même temps que les affaires *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7, et *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8. À l'instar des affaires *R.A.R.* et *R.N.S.*, le présent pourvoi soulève certaines questions relativement aux effets des modifications qui surviennent dans le droit entre le prononcé de la peine par le juge du procès et l'audition de l'appel.

I. Les faits

Dans la présente affaire, l'intimé, qui était avocat, agissait comme mandataire d'une association d'avocats de l'ancienne Union soviétique. Les avocats soviétiques avaient retenu ses services afin qu'il recouvre et remette des héritages — en l'occurrence des sommes d'argent — provenant de la succession de six défunts résidents du Manitoba et de la Saskatchewan. Les exécuteurs des diverses successions ou leurs procureurs ont envoyé les sommes en question à l'intimé, qui agissait pour le compte des bénéficiaires en vertu d'une procuration signée par chacun d'eux. L'intimé était également exécuteur de l'une des successions.

Dans tous les cas, l'intimé a détourné, de son compte en fidéicommis à son compte général, une partie des fonds en fiducie qu'il avait reçus pour chacun des bénéficiaires. En tout, l'intimé a détourné environ 86 000 \$ au moyen de 145 transferts effectués de février 1986 à septembre 1989, et ce, en sus des 10 pour 100 qu'il avait déjà prélevés à titre d'honoraires pour ses services. Les détournements ont été découverts par la Société du Barreau du Manitoba dans le cadre d'une vérification ponctuelle en octobre 1989. La Société du Barreau a d'abord suspendu le droit d'exercice de l'intimé, puis elle l'a radié de ses rangs.

L'intimé a été reconnu coupable de six accusations d'abus de confiance et de six accusations de vol, quoique l'arrêt des procédures ait été prononcé à l'égard de ces dernières accusations en application des principes énoncés dans *R. c. Kienapple*, [1975] 1 R.C.S. 729. Au moment de la détermination de la peine, l'intimé était âgé de 45 ans et travaillait pour une entreprise locale. Il était marié et

As a result of his wife's disability, the respondent had taken on a large share of family responsibilities, and he was the sole income-earner for the family. His legal career had been beset by financial woes for many years. According to the pre-sentence report, the respondent was acutely aware of what he had already lost in personal terms, namely a 20-year career as a lawyer, and the respect of the public and his peers. He suffered "humiliation and torment . . . amplified with the realization that his invalid wife and teenage daughter must share in the embarrassment and debasement of his personal debacle" (p. 9 of the pre-sentence report).

He was sentenced to two years' incarceration (sentences of imprisonment of two years or more are served in a penitentiary). The respondent appealed his convictions and sentence, and the Crown cross-appealed the sentence. After trial but prior to the appeal, *An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 ("Bill C-41"), and the conditional sentencing regime came into force. The Manitoba Court of Appeal dismissed the respondent's convictions appeal and the Crown's cross-appeal, but allowed the respondent's appeal from sentence and substituted a conditional sentence of two years less a day.

II. Relevant Statutory Provisions

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

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;

avait une fille adolescente. Son épouse était invalide et confinée dans un fauteuil roulant. L'invalidité de son épouse avait amené l'intimé à assumer une large part des responsabilités familiales et il était seul à subvenir aux besoins de la famille. Sa carrière juridique était marquée de difficultés financières depuis de nombreuses années. Selon le rapport présentiel, l'intimé était profondément conscient de ce qu'il avait déjà perdu sur le plan personnel, soit une carrière juridique de 20 ans et le respect du public et de ses pairs. Il était [TRADUCTION] «humilié et tourmenté [. . .] d'autant plus qu'il se rendait compte que son épouse invalide et sa fille adolescente devaient, elles aussi, subir la honte et l'humiliation de sa déchéance personnelle» (p. 9 du rapport présentiel).

Il a été condamné à deux ans d'incarcération (les peines de deux ans ou plus sont purgées dans un pénitencier). L'intimé a interjeté appel des déclarations de culpabilité et de la peine prononcées contre lui, alors que le ministère public a formé un appel incident contre la peine. Après le procès, mais avant l'audition de l'appel, la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 («projet de loi C-41»), y compris le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, sont entrés en vigueur. La Cour d'appel du Manitoba a rejeté l'appel de l'intimé contre les déclarations de culpabilité ainsi que l'appel incident du ministère public, mais elle a accueilli l'appel de l'intimé contre la peine qui lui avait été infligée et elle y a substitué une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour.

II. Les dispositions législatives pertinentes

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

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;

(c) to separate offenders from society, where necessary;

(d) to assist in rehabilitating offenders;

(e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and

(f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

(a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,

(i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,

(ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,

(iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;

d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;

e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;

f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:

(i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,

(ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard;

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infligence de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infligence de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

III. Judgments Below

A. *Manitoba Court of Queen's Bench*, C.R. 94-01-14797, February 5, 1996

In brief reasons, Scollin J. stated that the aggravating and mitigating factors in the case had been thoroughly explored by both counsel. The Crown had listed as aggravating factors the breach of trust, the repeated occurrence of illegal conversions (145 transactions), the amount of money at issue, and the fact that the respondent had been unwilling to acknowledge guilt and repay the sums. Defence counsel referred to the embarrassment and loss of reputation already suffered by the respondent and the letters of reference from other lawyers written in the respondent's favour.

Scollin J. referred to the poor treatment of the distant Soviet beneficiaries, and to the burden placed upon other members of the Law Society by the respondent's unlawful conduct. He stated that he gave weight to the reference letter from a lawyer with whom the respondent had been associated

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

III. L'historique des procédures judiciaires

A. *La Cour du Banc de la Reine du Manitoba*, C.R. 94-01-14797, 5 février 1996

Dans de brefs motifs, le juge Scollin a dit que les deux avocats avaient minutieusement exposé les circonstances aggravantes et les circonstances atténuantes de l'affaire. Le ministère public avait énuméré, en tant que circonstances aggravantes, l'abus de confiance, le caractère répétitif des détournements (145 opérations), les sommes d'argent en cause et le fait que l'intimé avait refusé de reconnaître sa culpabilité et de rembourser les sommes. L'avocat de la défense a invoqué la honte et la perte de réputation déjà subies par l'intimé, ainsi que les lettres d'appui que d'autres avocats avaient écrites en faveur de ce dernier.

Le juge Scollin a pour sa part souligné le mauvais traitement qui avait été réservé aux lointains bénéficiaires soviétiques et le fardeau qu'avait imposé aux autres membres de la Société du Barreau le comportement illicite de l'intimé. Il a dit avoir accordé un certain poids à la lettre d'appui

from time to time, and that he had paid attention to a letter from another lawyer who had been told by the victims' lawyer in the U.S.S.R. that the victims would be satisfied with a one-year sentence of imprisonment. He also stated that he "paid close attention" to the pre-sentence report, which described the hardship that the respondent had already suffered as a result of his actions. Commenting that it was difficult to reach a perfect sentence, Scollin J. held that a sentence of two years' imprisonment was merited. He stated that a longer sentence would "cross the border into vengeance", while a shorter sentence would be an "excess of sympathy in the guise of mercy".

B. *Manitoba Court of Appeal* (1997), 118 Man. R. (2d) 300

9

Kroft J.A. began by noting that the court's primary concern was not with the duration of the detention ordered by the trial judge, since a sentence of two years' imprisonment on the facts of the particular case was not one which, prior to the introduction of the conditional sentencing regime, would have been likely to invite appellate intervention. He stated that the introduction of the conditional sentence was part of a change that involved replacing the existing Part XXIII of the *Criminal Code* with a new set of principles. He held that the new conditional sentencing provisions could be given retroactive effect in relation to this appeal pursuant to s. 44(e) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, and this Court's decision in *R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226. Accordingly, the Court of Appeal was in the position of considering the fitness of the sentence according to different statutory criteria than those in effect when the trial judge rendered his decision. Unlike the usual sentence appeal, the court was entitled, if not bound, to exercise its own discretion.

10

Kroft J.A. was persuaded that if the option had been open to him, the trial judge would have, and

rédigée par un avocat avec lequel l'intimé avait collaboré à l'occasion et avoir tenu compte de la lettre d'un autre avocat qui avait été informé par l'avocat des victimes en U.R.S.S. que ces dernières seraient satisfaites si une peine d'emprisonnement d'un an était infligée à l'intimé. Il a également affirmé avoir [TRADUCTION] «prêté une attention particulière» au rapport présentenciel, qui décrivait les difficultés que l'intimé avait déjà subies par suite de son comportement. Soulignant qu'il était difficile de déterminer la peine parfaite, le juge Scollin a statué qu'un emprisonnement de deux ans était mérité. Il a dit qu'une peine plus longue [TRADUCTION] «deviendrait de la vengeance», alors qu'une peine plus courte serait un «excès de sympathie sous couvert de clémence».

B. *La Cour d'appel du Manitoba* (1997), 118 Man. R. (2d) 300

Le juge Kroft de la Cour d'appel a d'abord indiqué que la préoccupation principale de la cour n'était pas la durée de la détention ordonnée par le juge du procès, puisque, compte tenu des faits de l'affaire, l'infliction d'une peine d'emprisonnement de deux ans n'aurait vraisemblablement pas entraîné l'intervention d'une cour d'appel avant l'entrée en vigueur du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement. Il a affirmé que l'établissement de ce régime s'inscrivait dans le cadre d'une réforme qui avait donné lieu au remplacement de la partie XXIII du *Code criminel* par un ensemble de nouveaux principes. Il a jugé que, conformément à l'al. 44e) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, et à l'arrêt de notre Cour *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226, il était possible d'appliquer rétroactivement les nouvelles dispositions établissant l'emprisonnement avec sursis à l'appel dont il était saisi. En conséquence, la Cour d'appel était en mesure d'apprécier la justesse de la peine selon des critères législatifs différents de ceux qui étaient en vigueur lorsque le juge du procès avait rendu sa décision. Contrairement à la situation habituelle en cas d'appel de la peine infligée, la cour était habilitée à exercer son propre pouvoir discrétionnaire, voire tenue de le faire.

Le juge Kroft était convaincu que, s'il en avait eu la faculté, le juge du procès aurait envisagé et

should have, addressed the possibility of imposing a sentence of two years less a day instead of two years. He based this observation on the wording of the sentencing judgment and on the mitigating factors of the case, including the important role played by the respondent at home with his disabled wife and as sole supporter of his family, as well as the respondent's financial difficulties. Kroft J.A. also considered the letter referred to by the trial judge which indicated that the victims would be satisfied with a one-year sentence of imprisonment.

In determining whether a conditional sentence would be appropriate, Kroft J.A. began by noting that the respondent was not a danger to the community. Turning to a consideration of the principles of sentencing, Kroft J.A. stated that concerns of denunciation and deterrence had been addressed by the ruin and humiliation that the respondent had brought upon himself and his family, and by the loss of the respondent's professional status. Kroft J.A. therefore reduced the sentence originally imposed by one day, and ordered that it be served in the community. In addition to the mandatory conditions, he ordered the respondent to perform 200 hours of community service, remain resident at his current address or another approved address, and be confined to his property at all times, with limited exceptions.

IV. Issue

At issue in this appeal is whether the Court of Appeal improperly interfered in substituting a conditional sentence for the two-year penitentiary term imposed by the sentencing judge.

V. Analysis

The Crown argued that the Court of Appeal erred in two respects. First, the Court of Appeal should not have reduced the two-year sentence imposed by the trial judge by one day so as to make the respondent eligible for a conditional sentence. Second, and in the alternative, the Court of

même aurait dû envisager la possibilité d'infliger une peine de deux ans moins un jour au lieu d'une peine de deux ans. Il a fondé cette observation sur le texte du jugement prononçant la peine et sur les circonstances atténuantes de l'affaire, notamment le rôle important que l'intimé jouait à la maison du fait que son épouse était invalide et qu'il était le seul soutien de la famille, ainsi que les difficultés financières qu'il éprouvait. Le juge Kroft a également tenu compte de la lettre à laquelle s'était référé le juge du procès et qui indiquait que les victimes seraient satisfaites si l'intimé était condamné à une peine d'emprisonnement d'un an.

En déterminant si l'emprisonnement avec sursis était justifié, le juge Kroft a d'abord souligné que l'intimé ne constituait pas un danger pour la collectivité. Examinant ensuite les principes de détermination de la peine, le juge Kroft a affirmé que la ruine et l'humiliation subies tant par l'intimé que par sa famille, ainsi que la perte par l'intimé de son statut professionnel étaient des éléments suffisants pour répondre aux objectifs de dénonciation et de dissuasion. Le juge Kroft a en conséquence réduit d'une journée la peine originale et ordonné qu'elle soit purgée dans la collectivité. En sus des conditions obligatoires, il a ordonné à l'intimé d'accomplir 200 heures de service communautaire, de demeurer à son adresse actuelle, de ne déménager que sur autorisation et de rester à son domicile en tout temps, sous réserve de certaines exceptions limitées.

IV. La question en litige

La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a eu tort d'intervenir et de substituer une peine d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération de deux ans dans un pénitencier prononcée par le juge du procès.

V. L'analyse

Le ministère public a fait valoir que la Cour d'appel avait fait erreur à deux égards. Premièrement, la Cour d'appel n'aurait pas dû réduire d'une journée la peine d'emprisonnement de deux ans infligée à l'intimé par le juge du procès, de façon à le rendre admissible à l'emprisonnement avec sur-

11

12

13

Appeal erred in concluding that a conditional sentence was warranted in this case, particularly because a conditional sentence could not provide sufficient denunciation and deterrence. I will consider each argument in turn.

A. *Did the Court of Appeal Err in Reducing the Sentence by One Day?*

14 The Crown's argument may be briefly put as follows. Pursuant to s. 742.1(a) of the *Criminal Code*, conditional sentences are only available in cases where a sentence of less than two years is imposed. Where a sentence of two years is imposed by the sentencing judge, a conditional sentence is unavailable, unless that sentence is demonstrably unfit and reduced to less than two years on appeal. In this case Scollin J. imposed a two-year sentence. The Court of Appeal stated that it was not primarily concerned with the duration of the detention ordered, and that a sentence of two years for the offences the respondent committed would not have been likely to invite appellate intervention in the past. Therefore, according to the Crown, the two-year sentence imposed by Scollin J. was not demonstrably unfit. It should not have been disturbed, and a conditional sentence should not have been imposed.

15 The Crown's argument presupposes that the respondent was not entitled to the benefit of the sentencing amendments introduced by Bill C-41 on appeal. As I discussed in *R.A.R.*, *supra*, at paras. 14-16, an offender is entitled to the benefit of any amendments to sentencing provisions introduced after sentencing but prior to appeal that provide for a reduction or mitigation of punishment. The Crown's argument is that Bill C-41 only constitutes a reduction or mitigation of punishment for those offenders sentenced to less than two years' imprisonment because a conditional sentence is unavailable for offenders who receive a peniten-

sis. Deuxièmement, le ministère public a soutenu, de façon subsidiaire, que la Cour d'appel avait fait erreur en jugeant que l'emprisonnement avec sursis était justifié dans la présente affaire, en particulier parce qu'une telle sanction n'avait pas un effet de dénonciation et de dissuasion suffisant. Je vais examiner ces arguments à tour de rôle.

A. *La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en écourtant la peine d'une journée?*

L'argument du ministère public peut être exposé succinctement de la façon suivante. Aux termes de l'art. 742.1 du *Code criminel*, le sursis à l'emprisonnement ne peut être octroyé que dans les cas où le délinquant est condamné à un emprisonnement de moins de deux ans. Lorsque le juge qui détermine la peine ordonne un emprisonnement de deux ans, le sursis ne peut être octroyé que si cette peine est manifestement inappropriée et réduite à moins de deux ans en appel. En l'espèce, le juge Scollin a condamné l'intimé à une peine d'emprisonnement de deux ans. La Cour d'appel a indiqué que sa préoccupation principale n'était pas la durée de la détention ordonnée par le juge du procès et que l'infliction d'une peine d'emprisonnement de deux ans pour les infractions commises par l'intimé n'aurait vraisemblablement pas, dans le passé, entraîné l'intervention d'une cour d'appel. Par conséquent, d'affirmer le ministère public, il n'a pas été établi que la peine d'emprisonnement de deux ans infligée par le juge Scollin était manifestement inappropriée. La Cour d'appel n'aurait pas dû intervenir, et le sursis à l'emprisonnement n'aurait pas dû être octroyé.

L'argument du ministère public presuppose que l'intimé n'avait pas droit, en appel, au bénéfice de l'application des modifications apportées par le projet de loi C-41 au régime de détermination de la peine. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *R.A.R.*, précité, aux par. 14 à 16, un délinquant a droit au bénéfice de toute modification des dispositions relatives à la détermination de la peine entrée en vigueur après le prononcé de la peine mais avant l'appel et qui a pour effet d'entraîner un allègement de la sanction originale. Selon l'argument du ministère public, le projet de loi C-41 ne produit cet effet qu'à l'égard des délinquants condamnés à

tiary term. Since the respondent was sentenced to a penitentiary term, the sentencing provisions in force at the time the respondent was originally sentenced should continue to apply. If these provisions were applied, the sentence of incarceration should not have been reduced by one day, as the Court of Appeal conceded that a sentence of two years would not have warranted appellate intervention in the past.

In my view, the Crown construes the mitigating effect of the new sentencing amendments too narrowly. While Bill C-41 and the introduction of the conditional sentencing regime constitute a mitigation of punishment for offenders sentenced to less than two years' imprisonment, I am of the opinion that the new amendments may also constitute a mitigation of punishment for offenders who were sentenced to short penitentiary terms, particularly those sentenced to terms of exactly two years.

In addition to the introduction of the conditional sentence, Bill C-41 also introduced significant changes to the principles of sentencing. As this Court found in *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 48, and *Proulx, supra*, at paras. 14-19, two of Parliament's principal objectives in enacting Bill C-41 were to reduce the use of prison as a sanction and to expand the use of restorative justice principles in sentencing. It was noted that these two objectives were linked, as the objectives of restorative justice would generally be achieved more efficiently by sanctions other than incarceration: see *Gladue, supra*, at para. 43; *Proulx, supra*, at para. 109.

These objectives are reflected in several provisions of the new Part XXIII of the *Criminal Code*. Section 718.2(e) provides that "all available sanc-

un emprisonnement de moins de deux ans, puisque le sursis à l'emprisonnement ne peut être octroyé aux personnes condamnées à l'incarcération dans un pénitencier. Or, comme l'intimé a été condamné à une telle peine, les dispositions relatives à la détermination de la peine en vigueur lorsque cette peine lui a été infligée devaient continuer d'être appliquées. Conformément à ces dispositions, la peine n'aurait pas dû être réduite d'une journée, étant donné que la Cour d'appel a concédé qu'une peine d'emprisonnement de deux ans n'aurait pas, dans le passé, justifié son intervention.

Selon moi, le ministère public interprète de façon trop étroite l'effet d'allègement des modifications apportées au régime de détermination de la peine. Bien que le projet de loi C-41 et l'établissement du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement emportent un allègement de la sanction infligée aux délinquants condamnés à un emprisonnement de moins de deux ans, je suis d'avis que ces modifications peuvent également avoir le même effet à l'égard des délinquants condamnés à de courtes peines d'incarcération dans un pénitencier, en particulier ceux condamnés à des peines de deux ans exactement.

En plus d'établir le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement, le projet de loi C-41 a également apporté d'importantes modifications aux principes de détermination de la peine. Comme a conclu notre Cour dans les arrêts *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 48, et *Proulx*, précité, aux par. 14 à 19, deux des principaux objectifs que visait le législateur en adoptant le projet de loi C-41 étaient la réduction du recours à l'incarcération comme sanction et l'élargissement de l'application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine. La Cour a souligné que ces deux objectifs étaient liés en ce que l'infliction de sanctions autres que l'incarcération permet, de façon générale, de réaliser plus efficacement les objectifs de justice corrective: voir *Gladue*, précité, au par. 43; *Proulx*, précité, au par. 109.

Ces objectifs se reflètent dans plusieurs dispositions de la nouvelle partie XXIII du *Code criminel*. L'alinéa 718.2e) exige «l'examen de toutes les

16

17

18

tions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of the aboriginal offenders". Commenting on the significance of the enactment of s. 718.2(e), the Court found in *Gladue, supra*, at para. 39, that:

With respect for the contrary view, we do not interpret s. 718.2(e) as expressing only a restatement of existing law, either with respect to the general principle of restraint in the use of prison or with respect to the specific direction regarding aboriginal offenders. . . . The enactment of the new Part XXIII was a watershed, marking the first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law.

New emphasis is also placed on the principles of restorative justice in s. 718(e) and (f): see *Gladue, supra*, at para. 43.

19

These changes to the law raise the distinct possibility that a judge who sentenced an offender to a short penitentiary term prior to the introduction of Bill C-41, particularly a term of exactly two years, would have found that a sentence of less than two years was appropriate had the new provisions been in force at the time of the sentencing. The offender would therefore have been eligible for a conditional sentence. Accordingly, the new amendments constitute a potential mitigation of punishment for such an offender, and should apply on appeal.

20

I note one further argument in support of this position. On occasion, a sentencing judge will impose a short penitentiary term, especially one of exactly two years, instead of a long jail term because in some areas of the country, the conditions in federal penitentiaries are better than those in provincial institutions. Where a penitentiary term was imposed for this reason prior to the introduction of Bill C-41, it is even more likely that the sentencing judge may have sentenced the offender to a term of imprisonment of less than two years

sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». Commentant l'importance de l'édiction de cette disposition, notre Cour a tiré la conclusion suivante dans *Gladue, précité*, au par. 39:

En toute déférence pour l'opinion contraire, l'al. 718.2e) ne nous apparaît pas uniquement comme une reformulation du droit existant, ni à l'égard du principe général de retenue dans le recours à l'emprisonnement ni à l'égard de la directive spécifique visant les délinquants autochtones. [. . .] L'adoption de la nouvelle partie XXIII a marqué une étape majeure, soit la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l'histoire du droit criminel canadien.

De plus, avec l'édiction des al. 718e) et f), une importance nouvelle est accordée aux principes de justice corrective: voir *Gladue, précité*, au par. 43.

Ces modifications apportées au droit soulèvent concrètement la possibilité que le juge qui a condamné un délinquant à une courte peine d'incarcération dans un pénitencier avant l'adoption du projet de loi C-41, en particulier à une peine de deux ans exactement, aurait plutôt estimé, si les nouvelles dispositions avaient été en vigueur au moment du prononcé de la peine, qu'il était approprié de lui infliger une peine de moins de deux ans. Ce délinquant aurait de ce fait été admissible à l'octroi du sursis à l'emprisonnement. En conséquence, les modifications pourraient entraîner un allègement de la sanction imposée à un tel délinquant et devraient s'appliquer en appel.

Je voudrais mentionner un autre argument au soutien de cette thèse. Il arrive, à l'occasion, que le juge qui prononce la peine inflige une courte peine d'incarcération dans un pénitencier, en particulier une peine de deux ans exactement, au lieu d'une longue peine dans une prison provinciale, pour la raison que, dans certaines régions du pays, les conditions dans les pénitenciers fédéraux sont meilleures que dans les établissements provinciaux. Dans les cas où l'emprisonnement dans un pénitencier était infligé pour cette raison avant l'adoption du projet de loi C-41, il y a encore plus de chances que le juge qui a prononcé cette peine

had the new provisions been in force at the time of sentencing.

For the foregoing reasons, I am of the opinion that the respondent was entitled to the benefit of the changes to the law on appeal. As a result, the Court of Appeal was entitled to conduct a re-sentencing. In *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90, I explained that “absent an error in principle . . . a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit”. Where there has been an intervening change in the law between sentencing and appeal, it is as though the sentencing judge has committed an error in principle, albeit for reasons beyond his or her control, because relevant principles have not been considered. The Court of Appeal need not, therefore, defer to all of the trial judge’s findings, and can proceed to re-sentence the respondent in light of the new principles.

B. *Did the Court of Appeal Err in Imposing a Conditional Sentence?*

In reviewing the Court of Appeal’s sentence, this Court should accord it some deference; see *R.A.R.*, *supra*, at para. 21. I find no reason to interfere with the Court of Appeal’s sentence. None of the offences of which the respondent was convicted carried a minimum term of imprisonment. The Court of Appeal’s decision to reduce the sentence to less than two years was justified in light of the changes in the law. In my view, the effect of ss. 718.2(e) and 718(e) and (f) was sufficient to warrant a reduction of the respondent’s sentence, thereby satisfying the requirement of s. 742.1(a). I also see no reason to interfere with the Court of Appeal’s finding that the respondent did not pose any danger to the community.

aurait condamné le délinquant à une peine d’emprisonnement de moins de deux ans si les nouvelles dispositions avaient été en vigueur au moment du prononcé de la peine.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis que l’intimé avait droit, en appel, au bénéfice de l’application des modifications apportées à la loi. En conséquence, la Cour d’appel était habilitée à procéder de nouveau à la détermination de la peine. Dans *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 90, j’ai expliqué que «sauf erreur de principe [. . .] une cour d’appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n’est manifestement pas indiquée». Lorsque le droit a changé entre le prononcé de la peine et l’appel, une telle situation est assimilée à une erreur de principe du juge qui a déterminé la peine — quoique cette erreur ait été commise pour des raisons indépendantes de sa volonté — puisque des principes pertinents n’ont pas été pris en considération. Dans un tel cas, la Cour d’appel n’est donc pas obligée de faire montre de retenue envers toutes les conclusions du juge du procès, et elle peut procéder de nouveau à la détermination de la peine à la lumière des nouveaux principes.

B. *La Cour d’appel a-t-elle fait erreur en ordonnant l’emprisonnement avec sursis?*

Notre Cour doit faire montre d’une certaine retenue envers la peine infligée par la Cour d’appel: *R.A.R.*, précité, au par. 21. Je ne vois aucune raison de modifier la peine infligée par la Cour d’appel. Aucune des infractions dont l’intimé a été reconnu coupable n’était punissable d’une peine minimale d’emprisonnement. La décision de la Cour d’appel de substituer une peine de moins de deux ans à la peine initiale était justifiée compte tenu des modifications apportées à la loi. À mon avis, l’effet des al. 718.2e) et 718e) et f) était suffisant pour justifier la réduction de la peine infligée à l’intimé et ainsi satisfaire à l’exigence, prévue à l’art. 742.1, qu’une peine d’emprisonnement de moins de deux ans ait été prononcée. En outre, j’estime qu’il n’y a pas de raison d’infirmier la conclusion de la Cour d’appel que l’intimé ne posait aucun danger pour la collectivité.

21

22

23

Turning to a consideration of the principles of sentencing, the court reasonably concluded that the ruin and humiliation that Mr. Bunn had brought down upon himself and his family, together with the loss of his professional status, could provide sufficient denunciation and deterrence when coupled with a conditional sentence of two years less a day with house arrest. The Court of Appeal also imposed a condition of 200 hours of community service which was capable of achieving the restorative objective of reparation to the community. Moreover, the Court of Appeal noted important mitigating circumstances in this case. The respondent was the sole provider and caregiver for both his wife, who suffered from multiple sclerosis and had been confined to a wheelchair for years, and their teenage daughter.

VI. Disposition

24

The Court of Appeal's sentence provided sufficient denunciation and deterrence, and was not disproportionately lenient. I would dismiss the appeal.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Bastarache and Binnie JJ. were delivered by

25

BASTARACHE J. (dissenting) — This Crown's appeal raises the question of whether the Manitoba Court of Appeal erred in substituting a conditional sentence for the penitentiary term of two years imposed by the trial judge. As in the companion cases of *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7, and *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8, *An Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 ("Bill C-41"), was introduced after trial and before appeal. In contrast with those appeals, the trial judge in this case did not impose a sentence within the range of sentences that might benefit from the new conditional sentencing provi-

En ce qui concerne les principes de détermination de la peine, la Cour d'appel a raisonnablement jugé que la ruine et l'humiliation subies tant par l'intimé que par sa famille, ainsi que la perte par l'intimé de son statut professionnel, conjuguées à une ordonnance d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour assortie de la détention à domicile, répondraient suffisamment aux objectifs de dénonciation et de dissuasion. La Cour d'appel a également assorti l'ordonnance de l'obligation pour l'intimé d'accomplir 200 heures de service communautaire, condition permettant de réaliser l'objectif correctif de réparation des torts causés à la collectivité. En outre, la Cour d'appel a souligné la présence d'importantes circonstances atténuantes en l'espèce. L'intimé devait pourvoir seul aux besoins de sa fille adolescente et de son épouse ainsi qu'aux soins requis par cette dernière qui souffrait de la sclérose en plaques et était confinée dans un fauteuil roulant depuis des années.

VI. Le dispositif

La peine infligée par la Cour d'appel a un effet de dénonciation et de dissuasion suffisant, et elle n'était pas démesurément clémente. Je rejeterais le pourvoi.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Binnie rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Le présent pourvoi, formé par le ministère public, soulève la question de savoir si la Cour d'appel du Manitoba a commis une erreur en substituant une peine d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération de deux ans dans un pénitencier infligée par le juge du procès. Tout comme dans les pourvois connexes *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7, et *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8, la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 ("projet de loi C-41"), était entré en vigueur après la tenue du procès mais avant l'audition de l'appel. Toutefois, contrairement à ce qui s'est produit dans ces pourvois, le juge du procès n'a pas, en l'espèce, infligé une sanction se situant dans la fourchette des peines donnant ouverture à l'application des dispositions nouvelles

sions. Instead he found that the appropriate sentence was a short penitentiary term.

While I agree with the statement of principles set out in *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5, I cannot accept the conclusion reached by the Chief Justice in this case. While on the face of it the Court of Appeal made a minor adjustment of one day in the two-year sentence imposed by the trial judge, the Court of Appeal in fact levered this minor adjustment into the substitution of an altogether different sentencing approach from that considered appropriate by the trial judge, who, as stated, concluded that the appellant ought to be incarcerated in a penitentiary for two years. In my view, the Court of Appeal did not have sufficient reason to interfere with this determination by the trial judge: the sentence was neither unfit, nor inconsistent with the new principles of sentencing introduced by Bill C-41. Furthermore, while the changes to the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, could in a proper case permit a reduction of a sentence to two years less a day, thereby triggering the consideration of a conditional sentence, this is not an appropriate case for community sanctions.

A Court of Appeal has jurisdiction to revisit and vary a sentence if the sentence is demonstrably unfit or if the trial judge made an error in principle (*R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 90). By virtue of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, an accused found guilty has the right to receive the benefit of an intervening change in the applicable law that would serve to reduce or to mitigate a penalty when that change occurs after sentencing but before appeal (*R. v. Dunn*, [1995] 1 S.C.R. 226). Thus, the Court of Appeal could have varied the sentence of two years if it was unfit, or if the provisions of Bill C-41 would have reduced or mitigated the sentence, which would have amounted to finding that an error in principle was made.

relatives à l'emprisonnement avec sursis. Il a plutôt jugé que la peine appropriée était une courte peine d'incarcération dans un pénitencier.

Bien que je sois d'accord avec l'exposé des principes pertinents fait dans l'arrêt *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5, je ne puis souscrire à la conclusion du Juge en chef dans la présente espèce. Même si, en apparence, la Cour d'appel n'a apporté qu'une modification mineure d'une journée à la peine de deux ans infligée par le juge du procès, elle s'est trouvée par cette modification mineure à substituer dans les faits une méthode de détermination de la peine totalement différente à celle qui avait été considérée appropriée par le juge du procès, lequel avait estimé, répétons-le, que l'appelant devait être incarcéré dans un pénitencier pour une période de deux ans. À mon avis, la Cour d'appel n'avait pas de raison suffisante de modifier cette décision du juge du procès: la peine n'était ni inappropriée, ni incompatible avec les nouveaux principes de détermination de la peine introduits par le projet de loi C-41. En outre, quoique les modifications apportées au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, puissent, dans un cas s'y prêtant, permettre au tribunal de réduire à deux ans moins un jour la durée de la peine infligée initialement et ainsi de pouvoir envisager l'emprisonnement avec sursis, le présent cas ne justifie pas l'infliction de sanctions communautaires.

Les cours d'appel ont le pouvoir de contrôler et de modifier une peine si celle-ci est manifestement inappropriée ou si le juge du procès a commis une erreur de principe (*R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 90). Par application de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, l'accusé qui est déclaré coupable d'une infraction a droit au bénéfice des changements survenus dans le droit applicable après le prononcé de la peine mais avant l'appel et qui ont pour effet d'entraîner un allègement de la sanction (*R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226). Ainsi, la Cour d'appel aurait pu modifier la peine de deux ans qui a été infligée si celle-ci avait été inappropriée ou si les dispositions du projet de loi C-41 avaient eu pour effet d'entraîner l'allègement de la peine, situations qui auraient été assimilables à une erreur de principe.

26

27

28

The Court of Appeal began by determining that a sentence of two years was not demonstrably unfit, and would not have invited appellate intervention prior to the legislative amendment. The decision of the trial judge to impose a penitentiary term is a significant one. I agree with the Chief Justice that this choice may sometimes be affected by outside factors, such as the availability of treatment facilities, the location of prisons, the risks posed to the prisoner at a specific institution, or the timing of predicted release. However, I find no indication that the trial judge in this case considered any factors other than those pertaining directly to the criminal culpability of the respondent. I agree that this sentence was appropriate in light of all the facts before the trial court and in consideration of sentences for similar crimes before the change in the law.

29

The Court of Appeal went on to consider the effect of Bill C-41. Kroft J.A. found that the introduction of the conditional sentencing option required the Court of Appeal to reconsider the sentence, and concluded:

I am persuaded that if the option had been open to him, Scollin, J., would have, and should have, addressed the possibility of imposing a sentence of two years less a day instead of two years, and that sanctions other than imprisonment would have been considered.

((1997), 118 Man. R. (2d) 300, at p. 302.)

30

While I agree that the trial judge, Scollin J., would undoubtedly have considered the full range of sentencing options open to him, the more important consideration is that Scollin J. rejected all options short of a term in the penitentiary. After considering all of the submissions on sentence, he specifically concluded:

[A] sentence of two years is merited by the conduct of the accused. More than that, in this case, would cross

La Cour d'appel a d'abord jugé qu'un emprisonnement de deux ans n'était pas une peine manifestement inappropriée et n'aurait pas donné lieu à l'intervention d'un tribunal d'appel avant la modification de la loi. La décision du juge du procès de condamner l'intimé à une peine d'incarcération dans un pénitencier est significative. Je suis d'accord avec l'observation du Juge en chef qu'une telle décision peut parfois être influencée par des facteurs extérieurs comme la disponibilité de traitements, l'emplacement des prisons, les risques que court le prisonnier dans un établissement particulier ou le moment prévu pour sa mise en liberté. Toutefois, je ne vois en l'espèce aucune indication que le juge du procès a pris en compte d'autres facteurs que ceux se rapportant directement à question de la culpabilité criminelle de l'intimé. Je reconnais que cette peine était appropriée eu égard à tous les faits présentés au juge du procès et aux peines qui ont été infligées pour des crimes semblables avant le changement survenu dans le droit applicable.

La Cour d'appel s'est ensuite interrogée sur l'effet du projet de loi C-41. Le juge Kroft a estimé que l'établissement de la peine d'emprisonnement avec sursis obligeait la cour à réexaminer la peine, et il a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que, s'il avait eu la faculté de le faire, le juge Scollin aurait envisagé, de fait aurait dû envisager la possibilité d'infliger une peine de deux ans moins un jour au lieu d'une peine de deux ans, et qu'il aurait examiné la possibilité d'infliger d'autres sanctions que l'emprisonnement.

((1997), 118 Man. R. (2d) 300, à la p. 302.)

Quoique je reconnaisse que le juge du procès, le juge Scollin, aurait sans aucun doute pris en compte toutes les sanctions à sa disposition, il importe avant tout de retenir qu'il a écarté toutes les possibilités à l'exception du pénitencier. Après avoir examiné attentivement toutes les observations des avocats relativement à la peine à infliger, il a statué en ces termes:

[TRADUCTION] [L]a conduite de l'accusé mérite une peine d'emprisonnement de deux ans. Une peine plus

the border into vengeance; less would be an excess of sympathy in the guise of mercy.

(Man. Q.B., C.R. 94-01-14797, February 5, 1996, at p. 34 (transcript).)

The trial judge came to this determination after hearing extensive submissions from the Crown, who requested a sentence of four years, and the defence, who urged a sentence of one year. The trial judge also had the benefit of a pre-sentence report indicating that the accused was reluctant to acknowledge criminal culpability and concluding that, “supervised probation would serve no practical need or purpose. Mr. Bunn has all the tools in terms of requisite capacities, skills, and supports to construct any reality he so chooses” (p. 9 of the pre-sentence report).

In my view, the introduction of the conditional sentencing option alone should have had no effect on the appeal in this case since the offender would not have been eligible for the conditional sentence given the penitentiary term imposed. In the two-stage approach set out in *Proulx, supra*, the first step is to exclude the possibility of both probationary measures and a penitentiary term: “[i]f either of these sentences is appropriate, then a conditional sentence should not be imposed” (para. 58 (emphasis added)). In this case the trial judge fashioned a fit and proper sentence that was outside the range of sentences eligible for conditional sentencing. The Court of Appeal should therefore not have considered the availability of a conditional sentence unless Bill C-41 introduced other changes relevant to the punishment of the offender that would mitigate or reduce his sentence.

It is true that Bill C-41 made other significant changes in the sentencing regime that would, in an appropriate case, require a Court of Appeal to vary a sentence imposed by a trial judge that is outside the range of sentences eligible for conditional sentences. As recognized in *R. v. Gladue*, [1999] 1

longue deviendrait de la vengeance, alors qu’une peine plus courte serait un excès de sympathie sous couvert de clémence.

(B.R. Man., C.R. 94-01-14797, 5 février 1996, à la p. 34 (transcription).)

Le juge du procès a pris cette décision après avoir entendu les observations exhaustives du ministère public, qui sollicitait une peine de quatre ans, et du défendeur, qui demandait une peine d’un an. Le juge disposait aussi d’un rapport présentiel soulignant que l’accusé se montrait réticent à reconnaître sa culpabilité criminelle, et comportant la conclusion suivante: [TRADUCTION] «la probation sous surveillance n’aurait aucune utilité pratique. Monsieur Bunn dispose de tous les outils — compétences et appuis — pour réaliser tout objectif qu’il peut se fixer» (p. 9 du rapport présentiel).

À mon avis, le seul établissement de la peine d’emprisonnement avec sursis n’aurait dû avoir aucun effet en appel dans le présent cas puisque le délinquant n’aurait pas été admissible à cette sanction en raison de la peine d’incarcération dans un pénitencier qui lui avait été infligée. Suivant la démarche en deux étapes établie dans l’arrêt *Proulx*, précité, il faut d’abord déterminer s’il y a lieu d’écarter deux possibilités, les mesures probatoires et emprisonnement dans un pénitencier: «[s]i l’une ou l’autre de ces sanctions est appropriée, l’emprisonnement avec sursis ne devrait pas être prononcé» (par. 58 (je souligne)). En l’espèce, le juge du procès a établi une peine juste et appropriée, qui ne faisait pas partie de celles donnant ouverture à l’application du régime d’octroi de l’emprisonnement avec sursis. La Cour d’appel n’aurait donc pas dû tenir compte de la disponibilité de l’emprisonnement avec sursis à moins que le projet de loi C-41 eût apporté d’autres changements pertinents à la détermination de la peine du délinquant et qui auraient eu pour effet d’entraîner l’allègement de la peine prononcée contre celui-ci.

Il est vrai que le projet de loi C-41 a apporté d’autres changements importants au régime de détermination de la peine, modifications qui, dans les circonstances appropriées, auront pour effet d’obliger la cour d’appel à modifier la peine infligée par le juge du procès, lorsque cette peine ne

31

32

S.C.R. 688, at para. 43, in addition to introducing the conditional sentence and requiring sentencing judges to consider alternatives to imprisonment, the new provisions both codify the existing sentencing principles which are listed in s. 718(a) through (d) and introduce new restorative justice principles in s. 718(e) and (f). It may be that in an appropriate case the combination of the restorative principles with the requirement to consider alternatives to imprisonment would serve to reduce a penitentiary term to two years less a day so that a conditional sentence might be imposed. But this can only occur where consideration of all sentencing principles makes it clear that there has been an error in principle producing an unfit sentence. I would therefore, with respect, disagree with the Chief Justice where he says that an intervening change in the law necessarily gives rise to re-sentencing by the Court of Appeal. In my view, the intervening change in the law gives rise to a right of review to determine whether the sentence of the trial judge is inconsistent with the new sentencing principles and therefore in error. This interpretation is in accord with the decision of the majority in *Dunn*, *supra*, where this Court rejected the notion that *de novo* sentencing was appropriate.

fait pas partie de celles donnant ouverture à l'application de l'emprisonnement avec sursis. Comme il a été reconnu dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 43, en plus de créer la peine d'emprisonnement avec sursis et d'obliger les juges à envisager des mesures de rechange à l'emprisonnement, les nouvelles dispositions codifient aux al. 718a) à d) les principes de détermination de la peine qui existaient déjà et elles introduisent de nouveaux principes de justice corrective aux al. 718e) et f). Il est possible que, dans un cas s'y prêtant, l'application des principes de justice corrective, conjuguée à l'obligation d'envisager des mesures de rechange à l'emprisonnement, entraîne la réduction d'une peine d'incarcération dans un pénitencier à un emprisonnement de deux ans moins un jour, de sorte que le sursis pourrait être octroyé. Mais cela ne se produira que si l'examen de l'ensemble des principes de détermination de la peine révèle clairement l'existence d'une erreur de principe ayant conduit à l'infliction d'une peine inappropriée. En toute déférence, je dois donc exprimer mon désaccord avec le Juge en chef lorsqu'il dit qu'un changement dans le droit applicable donne nécessairement ouverture à une nouvelle détermination de la peine par la cour d'appel. À mon avis, un tel changement fait naître le droit de contrôler la peine infligée par le juge du procès pour déterminer si elle est incompatible avec les nouveaux principes de détermination de la peine et si elle est de ce fait erronée. Cette interprétation est conforme à la décision des juges de la majorité dans *Dunn*, précité, arrêt dans lequel notre Cour a rejeté l'idée que la détermination *de novo* de la peine était une mesure appropriée.

33

This is not a case where a variance in sentence is warranted based on the changes introduced in s. 718. It is well established that the focus of the sanction for criminal breach of trust is denunciation and general deterrence; see, for example, *R. v. Barker* (1995), 102 Man. R. (2d) 305 (C.A.); *R. v. Kelleher*, [1995] M.J. No. 398 (QL) (Prov. Ct.), at para. 7. In the past this has required that, absent exceptional circumstances, lawyers convicted of criminal breach of trust have been sentenced to jail; see *R. v. Ryan*, [1976] 6 W.W.R. 668 (Alta. C.A.); *Barker*, *supra*; *R. v. Bergeron*, [1998] Q.J.

Nous ne sommes pas en présence d'un cas où il serait justifié de modifier la peine sur le fondement des changements apportés à l'art. 718. Il est bien établi que la sanction du crime d'abus de confiance vise d'abord et avant tout les objectifs de dénonciation et de dissuasion générale; voir, par exemple, *R. c. Barker* (1995), 102 Man. R. (2d) 305 (C.A.); *R. c. Kelleher*, [1995] M.J. No. 398 (QL) (C. prov.), au par. 7. Auparavant, cela voulait dire que, sauf circonstances exceptionnelles, les avocats déclarés coupables au criminel d'abus de confiance étaient condamnés à l'emprisonnement:

No. 3539 (QL) (C.Q.), at para. 19. This emphasis on denunciation and general deterrence is, for a number of reasons, particularly important when courts punish lawyers who have committed criminal breach of trust. First, the criminal dishonesty of lawyers has profound effects on the public's ability to conduct business that affect people far beyond the victims of the particular crime (*R. v. Salmon*, Alta. Q.B., Calgary 9001-2179-02, October 21, 1991). Second, as officers of the court, lawyers are entrusted with heightened duties, the breach of which brings the administration of justice into disrepute (*R. v. Gingera*, [1966] 1 C.C.C. 273 (Man. C.A.); *R. v. Manolescu* (1997), 202 A.R. 241 (Prov. Ct.)). Thirdly, judges are drawn from the legal profession and there is a duty to ensure public confidence in the pool from which members of the bench are selected (*R. v. Oliver*, [1977] 5 W.W.R. 344 (B.C.C.A.)).

Finally, judges must be particularly scrupulous in sentencing lawyers in a manner that dispels any apprehension of bias. A lawyer should receive, and be seen to receive, the same treatment as any other person convicted of a similar crime. While they are not to be singled out for harsher penalties than others convicted in comparable circumstances, any perception that a lawyer might receive more lenient consideration by the courts must be guarded against (*Ryan*, *supra*; *R. v. Shandro* (1985), 65 A.R. 311 (C.A.)). In this regard I would adopt the reasoning of my colleague Justice L'Heureux-Dubé, then a member of the Quebec Court of Appeal, in *Marchessault v. La Reine*, C.A. Mtl., No. 500-10-000035-848, July 12, 1984, at p. 3:

[TRANSLATION] On a subjective level, it is clear that whenever a crime is committed by a public figure, a person in authority, a star, etc., all the factors mentioned, or almost all, are present: the crime and the punishment

voir *R. c. Ryan*, [1976] 6 W.W.R. 668 (C.A. Alb.); *Barker*, précité; *R. c. Bergeron*, [1998] A.Q. n° 3539 (QL) (C.Q.), au par. 19. Cette insistance sur la dénonciation et la dissuasion générale est, pour un certain nombre de raisons, particulièrement importante lorsque les tribunaux punissent des avocats ayant commis le crime d'abus de confiance. Premièrement, la malhonnêteté criminelle des avocats a des répercussions profondes sur la capacité du public de faire des affaires, répercussions qui touchent bien d'autres personnes que les seules victimes du crime qui a été perpétré (*R. c. Salmon*, B.R. Alb., Calgary 9001-2179-02, 21 octobre 1991). Deuxièmement, en qualité d'officiers de justice, les avocats se voient confier des devoirs importants, dont la violation déconsidère l'administration de la justice (*R. c. Gingera*, [1966] 1 C.C.C. 273 (C.A. Man.); *R. c. Manolescu* (1997), 202 A.R. 241 (C. prov.)). Troisièmement, comme les juges sont choisis parmi les avocats, il incombe de maintenir la confiance du public dans le bassin d'où sont issus les membres de la magistrature (*R. c. Oliver*, [1977] 5 W.W.R. 344 (C.A.C.-B.)).

Enfin, lorsque le délinquant est un avocat, les juges doivent déterminer scrupuleusement la peine, de manière à dissiper toute crainte de partialité. Les avocats doivent non seulement être traités de la même manière que toute autre personne déclarée coupable d'un crime semblable, mais également être perçus comme l'ayant été. Quoique les tribunaux doivent se garder de singulariser les avocats en leur infligeant des peines plus sévères qu'aux autres délinquants se trouvant dans des circonstances comparables, il leur faut néanmoins éviter de donner l'impression qu'ils font montre d'une plus grande indulgence à leur endroit (*Ryan*, précité; *R. c. Shandro* (1985), 65 A.R. 311 (C.A.)). À cet égard, je ferais mien le raisonnement qu'a exposé ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, lorsqu'elle était juge à la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Marchessault c. La Reine*, C.A. Mtl., n° 500-10-000035-848, 12 juillet 1984, à la p. 3:

Sur le plan subjectif, il est évident que chaque fois qu'un crime est commis par un personnage public, une personne en autorité, vedette, etc., tous les facteurs qu'on nous souligne, ou à peu près, sont présents: le

receive greater publicity, the shame and opprobrium are that much greater, the financial loss resulting from the loss of employment is commensurate with the high income. . . .

Popular wisdom has it that the further one falls, the more it hurts. . . .

[T]he higher the rank or position the figure occupies in society, the more well known he or she is, the lighter the sentence should be and, conversely, the more humble or obscure the figure is, the harsher it will be. I do not accept this proposition: the scales could not accommodate these two unequal measures. Justice must be the same for everyone, great or small, rich or poor.

35 Even if I were to accept that the Court of Appeal correctly relied on the introduction of the conditional sentencing regime to revisit the sentence on the *Dunn* principle, I would still decline to impose a conditional sentence in this case.

36 In the instant case, the serious nature of the statutory aggravating factor of abuse of trust (s. 718.2) renders a conditional sentence inappropriately lenient. In this regard I would also point to further aggravating factors: the vulnerability and number of the foreign victims, many of whom were elderly; the extended length of time over which the accused perpetrated the breaches, three years and seven months; the pattern of conduct, consisting of the repetition of 145 separate transactions; and the unlikelihood that he would have been caught, especially by the victims. The mitigating significance of the accused's otherwise good reputation in the community and lack of prior record should be given little weight in this type of case because it is that same unsullied reputation that allowed the accused to gain the position from which he could commit the crime (*R. v. Foran*, [1970] 1 C.C.C. 336 (Ont. C.A.); *Kelleher*, *supra*).

37 These facts display a significant level of criminal culpability and in my view the short penitentiary sentence imposed by the trial judge was proportionate to the gravity of the offence. The severity of this sentence is seriously undermined

crime et le châtimeant reçoivent une plus grande publicité, la honte et l'opprobre sont d'autant amplifiés, la perte financière résultant de la perte d'emploi est fonction du revenu élevé . . .

La sagesse populaire fait dire que plus on tombe de haut, plus on se fait mal. . .

. . . le fait que plus le personnage occupe un rang ou une fonction élevée dans la société plus il est connu, plus légère devra être la peine et, a contrario, plus humble ou obscur est le personnage, plus sévère sera-t-elle. Je n'accepte pas cette proposition: les plateaux de la balance ne sauraient s'accommoder de ces deux mesures inégales. La justice doit être la même pour tous, grands ou petits, riches ou pauvres.

Même si j'acceptais que la Cour d'appel s'est à bon droit fondée sur l'établissement du régime d'octroi de l'emprisonnement avec sursis pour contrôler la peine suivant le principe énoncé dans l'arrêt *Dunn*, je refuserais néanmoins d'octroyer le sursis à l'emprisonnement dans le présent cas.

Dans la présente affaire, le caractère sérieux du facteur aggravant que constitue le crime d'abus de confiance (art. 718.2) fait de l'emprisonnement avec sursis une peine démesurément clémente. À cet égard, je souligne également la présence d'autres circonstances aggravantes: la vulnérabilité et le nombre des victimes étrangères, dont beaucoup étaient âgées; la longue période pendant laquelle l'accusé a commis les abus, trois ans et sept mois; le caractère systématique de ces manquements, 145 opérations distinctes; et le peu de risques qu'il courait d'être découvert, surtout par les victimes. La bonne réputation dont jouissait par ailleurs l'accusé dans la collectivité et l'absence d'antécédents judiciaires ne devraient se voir accorder que peu de poids en tant que circonstances atténuantes dans ce genre d'affaire, puisque c'est cette même réputation sans tache qui lui a donné l'occasion de commettre le crime (*R. c. Foran*, [1970] 1 C.C.C. 336 (C.A. Ont.); *Kelleher*, précité).

Ces faits témoignent d'un degré appréciable de culpabilité criminelle et, à mon avis, la courte peine d'incarcération dans un pénitencier infligée par le juge du procès était proportionnée à la gravité de l'infraction. Or, la sévérité de cette peine

by the substitution of a conditional sentence of two years less a day. This is more than a reduction of a single day; it is, as explained in *Proulx*, at para. 40, also significantly less severe in terms of incarceration. As observed in *Proulx*, at para. 102:

Incarceration will usually provide more denunciation than a conditional sentence, as a conditional sentence is generally a more lenient sentence than a jail term of equivalent duration. That said, a conditional sentence can still provide a significant amount of denunciation. This is particularly so when onerous conditions are imposed and the duration of the conditional sentence is extended beyond the duration of the jail sentence that would ordinarily have been imposed in the circumstances. [Emphasis added.]

In this case, because the jail term that would otherwise have been imposed was either two years or two years less a day, it is impossible for the length of the conditional sentence to be extended in order to compensate for the lessened degree of denunciation. Since denunciation and deterrence are the primary principles of sentencing engaged by a breach of trust by a lawyer, it would be disproportionately lenient to give a conditional sentence in this case.

I would, therefore, allow the appeal and restore the two-year sentence of incarceration imposed by the trial judge. The Crown requested only that the respondent be incarcerated for the remainder of his conditional sentence. Since the respondent has already served his conditional sentence in its entirety, I would stay the service of this sentence.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, BASTARACHE and BINNIE JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Martin D. Glazer, Winnipeg.

est gravement diminuée par le fait qu'on y a substitué une peine d'emprisonnement avec sursis de deux ans moins un jour. En effet, il ne s'agit pas que d'une simple réduction d'une journée; comme il est expliqué au par. 40 de l'arrêt *Proulx*, l'emprisonnement avec sursis est également une peine beaucoup moins sévère que l'incarcération. L'observation suivante est faite dans *Proulx*, au par. 102:

L'incarcération produit habituellement un effet dénonciateur plus grand que l'emprisonnement avec sursis, mesure généralement plus clémentine qu'une peine d'emprisonnement de durée équivalente. Cela dit, l'emprisonnement avec sursis peut néanmoins avoir un effet dénonciateur appréciable, particulièrement dans les cas où l'ordonnance de sursis est assortie de conditions rigoureuses et que sa durée d'application est plus longue que la peine d'emprisonnement qui aurait ordinairement été infligée dans les circonstances. [Je souligne.]

En l'espèce, comme la peine d'emprisonnement qui aurait par ailleurs été infligée était soit deux ans soit deux ans moins un jour, il est impossible de prolonger l'ordonnance de sursis afin de compenser le degré moindre de dénonciation. La dénonciation et la dissuasion étant les principes premiers de la détermination de la peine qui entrent en jeu en cas d'abus de confiance par un avocat, ce serait faire montre d'une clémence disproportionnée que d'octroyer le sursis à l'emprisonnement dans le présent cas.

J'accueillerais donc l'appel et je rétablirais la peine d'incarcération de deux ans infligée par le juge du procès. Le ministère public a uniquement demandé que l'intimé soit incarcéré jusqu'à la fin de sa peine d'emprisonnement avec sursis. Comme l'intimé a déjà purgé cette peine en entier, je surseoirais à son exécution.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, BASTARACHE et BINNIE sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Justice Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: Martin D. Glazer, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

MAIL  POSTE	
Canada Post Corporation / Société canadienne des postes	
Postage paid	Port payé
Bik	Nbre
03159442	
OTTAWA	

If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Coeur Boulevard,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernement Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 2000 Vol. 1

2^e cahier, 2000 Vol. 1

Cited as [2000] 1 S.C.R. 207-380

Renvoi [2000] 1 R.C.S. 207-380

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
KAREN LEVASSEUR

NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH
JACQUELINE STENCEL

CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON
UZMA IHSANULLAH
LESLIE TAKAHASHI

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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.

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.

CONTENTS

Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd...... 298

Négligence — Duty of care — Municipalités — Building inspection — Homeowner engaging contractor to renovate house — Owner aware that building permit required in order to obtain inspection of work — Owner accepting contractor's advice to commence construction prior to obtaining building permit — Construction partially completed when permit obtained — Building inspectors unable to inspect critical aspect of construction and relying on contractor's assurances that it conformed to building code — Work proving defective — Owner paying for extensive repairs and suing municipality for negligent inspection — Whether municipality owed duty of care to owner in conducting inspection — Whether owner's conduct absolved municipality of all or part of its liability.

Municipal law — Building inspection — Négligence — Municipal liability — Duty of care — Homeowner engaging contractor to renovate house — Owner aware that building permit required in order to obtain inspection of work — Owner accepting contractor's advice to commence construction prior to obtaining building permit — Construction partially completed when permit obtained — Building inspectors unable to inspect critical aspect of construction and relying on contractor's assurances that it conformed to building code — Work proving defective — Owner paying for extensive repairs and suing municipality for negligent inspection — Whether municipality owed duty of care to owner in conducting inspection — Whether owner's conduct absolved municipality of all or part of its liability.

Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd...... 342

Municipal law — Powers of municipalities — Municipal resolutions — Validity — Nuisances — Removal of dangerous erections — Meaning of phrase "or other matter or thing" — Whether municipality had jurisdiction under Municipal Act to pass resolutions declaring pile of soil a nuisance and ordering its removal — Standard of review applicable to municipality's decisions — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 936.

Municipal law — Decisions of municipalities — Standard of review applicable to municipality's decisions.

R. v. Brooks 237

Criminal law — Charge to jury — Evidence of jailhouse informants — Failure to provide Vetrovec warning — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether Court of Appeal erred in concluding that trial judge failed to adequately instruct jury about unreliability with respect to informants' testimonies.

Criminal law — Evidence — Jailhouse informants — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether evidence supported implied finding at trial that informants were trustworthy.

Continued on next page

SOMMAIRE

Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd...... 298

Négligence — Obligation de diligence — Municipalités — Inspection du bâtiment — Entrepreneur engagé par le propriétaire d'une maison afin d'y faire des rénovations — Propriétaire au fait de la nécessité de se procurer un permis de construction afin d'obtenir l'inspection des travaux — Acceptation par le propriétaire du conseil de l'entrepreneur de commencer les travaux avant l'obtention du permis — Travaux partiellement terminés au moment de l'obtention du permis — Impossibilité pour les inspecteurs en bâtiment d'inspecter un élément essentiel des travaux — Acceptation par les inspecteurs des assurances données par l'entrepreneur quant à la conformité de cet ouvrage aux exigences du code du bâtiment — Ouvrage affecté de vices — Propriétaire tenu de faire effectuer d'importantes réparations — Action intentée par le propriétaire contre la municipalité pour inspection négligente — La municipalité était-elle tenue à une obligation de diligence envers le propriétaire dans l'exécution de l'inspection? — La conduite du propriétaire a-t-elle eu pour effet de dégager la municipalité de tout ou partie de sa responsabilité?

Droit municipal — Inspection du bâtiment — Négligence — Responsabilité des municipalités — Obligation de diligence — Entrepreneur engagé par le propriétaire d'une maison afin d'y faire des rénovations — Propriétaire au fait de la nécessité de se procurer un permis de construction afin d'obtenir l'inspection des travaux — Acceptation par le propriétaire du conseil de l'entrepreneur de commencer les travaux avant l'obtention du permis — Travaux partiellement terminés au moment de l'obtention du permis — Impossibilité pour les inspecteurs en bâtiment d'inspecter un élément essentiel des travaux — Acceptation par les inspecteurs des assurances données par l'entrepreneur quant à la conformité de cet ouvrage aux exigences du code du bâtiment — Ouvrage affecté de vices — Propriétaire tenu de faire effectuer d'importantes réparations — Action intentée par le propriétaire contre la municipalité pour inspection négligente — La municipalité était-elle tenue à une obligation de diligence envers le propriétaire dans l'exécution de l'inspection? — La conduite du propriétaire a-t-elle eu pour effet de dégager la municipalité de tout ou partie de sa responsabilité?

Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd. 342

Droit municipal — Pouvoirs des municipalités — Résolutions municipales — Validité — Nuisances — Enlèvement de constructions dangereuses — Sens de l'expression «ou toute autre chose» — La Municipal Act confère-t-elle à la municipalité le pouvoir de voter des résolutions déclarant un tas de terre une nuisance et ordonnant son enlèvement? — Norme de contrôle applicable aux décisions de la municipalité — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 936.

Droit municipal — Décisions des municipalités — Norme de contrôle applicable aux décisions de la municipalité.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Verdicts — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Omission of caution to jury about unreliability with respect to informants' testimonies — Whether verdict would have been the same if caution had been given — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. Wells..... 207

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Aboriginal offenders — Accused convicted of sexual assault and sentenced to 20 months' incarceration — Whether non-custodial sentence reasonable in circumstances where paramount sentencing objectives are denunciation and deterrence — Whether sentencing judge failed to take into account appropriate considerations in light of accused's aboriginal status — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 742.1.

Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners..... 360

Labour law — Jurisdiction of arbitrator — Competing statutory regimes — Police officer — Disciplinary matters — Police officer resigning rather than facing discipline proceedings — Chief of Police refusing to accept officer's withdrawal of resignation — Union grieving decision under collective agreement and requesting arbitration — Matters of discipline and dismissal dealt with by adjudicative bodies set up under the Saskatchewan Police Act, 1990 and Regulations — Whether arbitrator had jurisdiction to hear dispute — Application of Weber test.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Brooks 237

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage d'informateurs dans un établissement de détention — Omission de faire une mise en garde de type Vetrovec — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives suffisantes sur la non-fiabilité du témoignage des informateurs?

Droit criminel — Preuve — Informateurs dans un établissement de détention — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — La preuve étayait-elle la conclusion implicite au procès que les informateurs étaient dignes de foi?

Droit criminel — Verdicts — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Omission de mettre le jury en garde au sujet de la non-fiabilité du témoignage des informateurs — Le verdict aurait-il été le même si une mise en garde avait été faite? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

R. c. Wells..... 207

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Délinquants autochtones — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et condamné à 20 mois d'incarcération — Une sanction autre que l'incarcération est-elle justifiée dans les cas où la dénonciation et la dissuasion sont les objectifs primordiaux aux fins de détermination de la peine? — Le juge qui a déterminé la peine a-t-il omis de prendre en considération les facteurs appropriés eu égard au fait que l'accusé est un Autochtone? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2e), 742.1.

Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners 360

Droit du travail — Compétence d'un arbitre — Régimes législatifs concurrents — Policier — Affaires disciplinaires — Policier ayant démissionné plutôt que de faire l'objet de procédures disciplinaires — Retrait de la démission du policier refusé par le chef de police — Grief déposé par le syndicat conformément à la convention collective et demande d'arbitrage — Questions de discipline et de renvoi relevant des instances décisionnelles créées sous le régime de la Police Act, 1990 de la Saskatchewan et de son règlement d'application — L'arbitre avait-elle compétence pour entendre le litige? — Application du critère établi dans l'arrêt Weber.

James Warren Wells *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervener*

INDEXED AS: R. v. WELLS

Neutral citation: 2000 SCC 10.

File No.: 26642.

1999: May 27; 2000: February 17.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory,* McLachlin, Iacobucci, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Sentencing — Conditional sentences — Aboriginal offenders — Accused convicted of sexual assault and sentenced to 20 months' incarceration — Whether non-custodial sentence reasonable in circumstances where paramount sentencing objectives are denunciation and deterrence — Whether sentencing judge failed to take into account appropriate considerations in light of accused's aboriginal status — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 742.1.

The accused was convicted of sexual assault. He had attended a house party at the home of the victim, an 18-year-old aboriginal woman living with friends. Evidence at trial established that the victim was assaulted in her own bedroom while she was either asleep or unconscious from the effects of alcohol. There was medical evidence of vaginal abrasions but no evidence of penetration. At the sentencing hearing, the judge characterized the accused's actions as a "major" or "near major" sexual assault. In his view, deterrence and denunciation were the paramount sentencing factors to be considered for this type of offence. The sentencing judge took into account that there was no evidence of planning or deliberation, or gratuitous violence. He also observed that the accused had two prior convictions for assault. Finally,

*Cory J. took no part in the judgment.

James Warren Wells *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. WELLS

Référence neutre: 2000 CSC 10.

N^o du greffe: 26642.

1999: 27 mai; 2000: 17 février.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory*, McLachlin, Iacobucci, Bastarache et Binnie.

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Délinquants autochtones — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et condamné à 20 mois d'incarcération — Une sanction autre que l'incarcération est-elle justifiée dans les cas où la dénonciation et la dissuasion sont les objectifs primordiaux aux fins de détermination de la peine? — Le juge qui a déterminé la peine a-t-il omis de prendre en considération les facteurs appropriés eu égard au fait que l'accusé est un Autochtone? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2e), 742.1.

L'accusé a été déclaré coupable d'agression sexuelle. Il participait à une fête au domicile de la victime, une jeune femme autochtone de 18 ans qui vivait avec des amis. Au procès, la preuve a établi que la victime a été agressée dans sa propre chambre à coucher, pendant qu'elle était soit endormie soit inconsciente sous l'effet de l'alcool. La preuve médicale a révélé la présence d'éraflures au vagin, mais non qu'il y avait eu pénétration. À l'audience de détermination de la peine, le juge a qualifié les actes de l'accusé d'agression sexuelle «majeure» ou «presque majeure». À son avis, la dissuasion et la dénonciation étaient les principaux facteurs de détermination de la peine à prendre en compte pour ce genre d'infraction. Le juge qui a déterminé la peine a tenu compte du fait qu'il n'y avait aucune preuve que

*Le juge Cory n'a pas pris part au jugement.

he noted that there was no evidence of remorse. The pre-sentence report was generally favourable to the accused and recommended a conditional sentence. Given that the accused was an aboriginal, the sentencing judge observed that he was "obliged to bear in mind" s. 718.2(e) of the *Criminal Code*. Taking all these factors into account, the sentencing judge held that "the necessary elements of deterrence and denunciation would be lacking" if the accused were permitted to serve a conditional sentence in the community. He sentenced the accused to 20 months' incarceration. The Court of Appeal upheld the sentence.

Held: The appeal should be dismissed.

A purposive interpretation of s. 742.1 of the *Criminal Code* requires the sentencing judge to proceed in stages in determining the appropriateness of a conditional sentence. At the preliminary stage, the judge simply has to exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. Pursuant to s. 742.1(b), the second and most substantial stage of the analysis involves the determination of whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles set out in ss. 718 to 718.2. If the judge's preliminary assessment of a fit sentence excludes both a suspended sentence and a penitentiary sentence, and the statutory prerequisites in s. 742.1 are fulfilled, then he or she is required to consider s. 718.2(e) when deciding the appropriateness of a conditional sentence. Under that provision, all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. Moreover, whenever a judge narrows the choice to a sentence involving a sentence of incarceration, the judge is obliged to consider the unique systemic or background circumstances which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts. As well, the judge must consider the types of practicable procedures and sanctions which would be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage. The application of s. 718.2(e) does not mean that a sentence will automatically be reduced, since the determination of a fit sentence requires a consideration of all the principles and objectives set out in Part XXIII. Depending on the severity of the conditions imposed, a conditional sentence may be reasonable in circumstances where deterrence and denunciation are

l'acte avait été commis avec préméditation ou de propos délibéré, ou accompagné de violence gratuite. Il a également fait remarquer que l'accusé avait déjà été déclaré coupable de voies de fait à deux reprises dans le passé. Enfin, il a souligné qu'il n'y avait aucune preuve que l'accusé éprouvait des remords. De façon générale, le rapport présentiel était favorable à l'accusé et recommandait l'emprisonnement avec sursis. Le juge qui a déterminé la peine a souligné que, comme l'accusé était un Autochtone, il était «obligé d'avoir à l'esprit» l'al. 718.2e) du *Code criminel*. Tenant compte de tous ces facteurs, le juge qui a déterminé la peine a estimé que «les éléments nécessaires de dissuasion et de dénonciation seraient absents» si on permettait à l'accusé de purger une peine d'emprisonnement avec sursis dans la collectivité. Il a condamné l'accusé à 20 mois d'incarcération. La Cour d'appel a confirmé la peine.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'interprétation fondée sur l'objet de l'art. 742.1 du *Code criminel* exige du juge chargé de déterminer la peine qu'il procède par étapes lorsqu'il décide de l'opportunité de l'emprisonnement avec sursis. À l'étape préliminaire, le juge n'a qu'à déterminer s'il y a lieu d'écarter deux possibilités: a) les mesures probatoires; b) l'incarcération dans un pénitencier. Suivant l'art. 742.1, dans le cadre de la deuxième étape de l'analyse, qui est également la plus importante, le tribunal doit déterminer si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est conforme à l'objectif fondamental et aux principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2. Si, après avoir préliminairement déterminé que ni le sursis au prononcé de la peine ni l'incarcération dans un pénitencier ne constituent la sanction appropriée, et si les exigences prévues par l'art. 742.1 sont respectées, le juge a alors l'obligation de prendre en compte l'al. 718.2e) lorsqu'il décide si l'emprisonnement avec sursis est une sanction justifiée. En vertu de cette disposition, toutes les sanctions substitutives qui sont justifiées dans les circonstances doivent être examinées, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. De plus, chaque fois que le juge arrête son choix sur une peine comportant l'incarcération, il a l'obligation d'examiner les circonstances systémiques ou historiques particulières qui sont susceptibles d'avoir contribué à la présence du délinquant autochtone concerné devant les tribunaux. De même, le juge doit prendre en compte les diverses procédures et sanctions auxquelles il est concrètement possible d'avoir recours et qui seraient appropriées à l'égard du délinquant concerné en raison de son héritage autochtone. L'application de l'al. 718.2e) n'entraîne pas automatiquement la réduction de la peine, puisque la détermination de la

paramount considerations. Ultimately, however, the determination of the availability of a conditional sentence depends upon the sentencing judge's assessment of the specific circumstances of the case, including a consideration of the aggravating factors, the nature of the offence, the community context, and the availability of conditions which have the capacity to properly reflect society's condemnation.

While the objective of restorative justice, by virtue of s. 718.2(e), applies to all offenders, the requirement to pay "particular attention to the circumstances of aboriginal offenders" recognizes that most traditional aboriginal conceptions of sentencing hold restorative justice to be the primary objective. In addition, s. 718.2(e) has a particular remedial purpose for aboriginal peoples, as it was intended to address the serious problem of overincarceration of aboriginal offenders in Canadian penal institutions. While s. 718.2(e) requires a different methodology for assessing a fit sentence for an aboriginal offender, it does not necessarily mandate a different result. Section 718.2(e) does not alter the fundamental duty of the sentencing judge to impose a sentence that is fit for the offence and the offender. Furthermore, the application of s. 718.2(e) does not mean that aboriginal offenders must always be sentenced in a manner which gives greatest weight to the principles of restorative justice and less weight to goals such as deterrence, denunciation, and separation. It was accordingly open to the sentencing judge to give primacy to the principles of denunciation and deterrence in this case on the basis that the crime involved was a serious one.

The sentencing judge made a reasonable determination as to the availability of a conditional sentence in this case. He did not misconstrue the seriousness of the crime, and his use of the words "near major" or "major" instead of "serious" does not constitute a reversible error. Since there was no error in principle, no overemphasis of the appropriate factors, and no failure to consider a relevant factor, deference should be shown to the

peine appropriée exige l'examen de tous les principes et objectifs énoncés dans la partie XXIII. Selon la sévérité des conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement, cette sanction peut être justifiée dans les cas où la dissuasion et la dénonciation sont des considérations primordiales. En bout de ligne, toutefois, la réponse à la question de savoir s'il s'agit d'un cas donnant ouverture à l'octroi du sursis à l'emprisonnement dépend de l'appréciation par le juge qui détermine la peine des circonstances particulières de l'affaire, notamment les facteurs aggravants, la nature de l'infraction, la situation de la collectivité et la possibilité de fixer des conditions permettant de refléter adéquatement la condamnation de la société.

Bien que l'objectif de justice corrective visé à l'al. 718.2e) s'applique à tous les délinquants, le fait que l'examen prévu par cette disposition soit requis «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones» reconnaît que, dans la plupart des conceptions autochtones traditionnelles en matière de détermination de la peine, la justice corrective est considérée comme l'objectif primordial. En outre, l'al. 718.2e) poursuit un objectif réparateur particulier en ce qui concerne les peuples autochtones, en ce qu'il vise à régler le grave problème de l'incarcération excessive des délinquants autochtones dans les établissements correctionnels canadiens. Quoique l'al. 718.2e) demande l'application d'une méthodologie différente pour la détermination de la peine appropriée dans le cas des délinquants autochtones, il ne commande pas nécessairement un résultat différent. L'alinéa 718.2e) ne modifie pas l'obligation fondamentale du juge, qui est d'infliger une peine appropriée pour l'infraction et le délinquant. En outre, l'application de l'al. 718.2e) ne signifie pas que la peine infligée à un délinquant autochtone doit toujours être déterminée d'une manière qui accorde plus de poids aux principes de justice corrective qu'aux objectifs tels que la dissuasion, la dénonciation et l'isolement. Par conséquent, il était loisible au juge qui était chargé de déterminer la peine de donner préséance aux principes de dénonciation et de dissuasion en raison de la gravité du crime reproché.

Le juge qui a déterminé la peine a rendu une décision raisonnable relativement à la question de savoir s'il s'agissait d'un cas donnant ouverture à l'emprisonnement avec sursis. Il n'a pas mal apprécié la gravité du crime, et le fait qu'il ait utilisé les termes «presque majeure» et «majeure» plutôt que le terme «grave» ne constitue pas une erreur justifiant l'annulation de sa décision. Puisqu'il n'y a eu ni erreur de principe, ni insistance trop grande sur les facteurs appropriés, ni omission de prendre en considération un facteur

trial judge's assessment of the particular circumstances of the offence and the offender.

Cases Cited

Considered: *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; **referred to:** *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8; *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9; *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227; *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948; *R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof, S.C. 1995, c. 22.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 100, 271, Part XXIII [repl. 1995, c. 22, s. 6], ss. 718, 718.1, 718.2 [am. 1997, c. 23, s. 17], 726.1, 742.1 [am. 1997, c. 18, s. 107.1], 742.3, 742.6(9).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 125 C.C.C. (3d) 129, 61 Alta. L.R. (3d) 377, 216 A.R. 61, 175 W.A.C. 61, [1998] A.J. No. 405 (QL), dismissing the accused's appeal from the 20-month custodial sentence imposed by McMahon J. after he was convicted of sexual assault. Appeal dismissed.

Marian E. Bryant, for the appellant.

Goran Tomljanovic, for the respondent.

Kent Roach and *Kimberly R. Murray*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

¹ This appeal requires us to consider the conditional sentencing provisions of the *Criminal Code*,

il faut faire preuve de retenue envers l'appréciation qu'a faite le juge du procès des circonstances particulières se rapportant à l'infraction et au délinquant.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; **arrêts mentionnés:** *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8; *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9; *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227; *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948; *R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 100, 271, partie XXIII [repl. 1995, ch. 22, art. 6], art. 718, 718.1, 718.2 [mod. 1997, ch. 23, art. 17], 726.1, 742.1 [mod. 1997, ch. 18, art. 107.1], 742.3, 742.6(9).
Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence, L.C. 1995, ch. 22.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 125 C.C.C. (3d) 129, 61 Alta. L.R. (3d) 377, 216 A.R. 61, 175 W.A.C. 61, [1998] A.J. No. 405 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre la peine de 20 mois d'incarcération que lui a infligée le juge McMahon après qu'il eut été déclaré coupable d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

Marian E. Bryant, pour l'appellant.

Goran Tomljanovic, pour l'intimée.

Kent Roach et *Kimberly R. Murray*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Nous sommes appelés, dans le présent pourvoi, à examiner l'application aux délinquants autoch-

R.S.C., 1985, c. C-46, in the context of aboriginal offenders. The appellant appeals his 20-month custodial sentence, seeking to have it converted to a conditional sentence on the basis that the sentencing judge did not take into account the appropriate considerations required in s. 718.2(e) of the *Code*, in light of the appellant's aboriginal status.

In September 1996, the *Act to amend the Criminal Code (sentencing) and other Acts in consequence thereof*, S.C. 1995, c. 22 ("Bill C-41"), came into effect, introducing significant amendments to the sentencing regime outlined in Part XXIII of the *Code*. These amendments included an expanded articulation of the fundamental purpose and principles of sentencing (ss. 718 to 718.2), a specific provision dealing with aboriginal offenders (s. 718.2(e)), and the introduction of the conditional sentence (s. 742.1).

In *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, this Court was asked to determine the proper application of s. 718.2(e). In so deciding, it was necessary to place this provision within the context provided by the purposes and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2, and the overall scheme of Part XXIII. The Court determined that the new sentencing amendments represented "a watershed, marking the first codification and significant reform of sentencing principles in the history of Canadian criminal law" (para. 39).

In noting that Parliament had two primary objectives in enacting this new legislation: (i) reducing the use of prison as a sanction, and (ii) expanding the use of restorative justice principles in sentencing, the Court stated (at para. 48):

It can be seen, therefore, that the government position when Bill C-41 was under consideration was that the

tones des dispositions relatives à l'emprisonnement avec sursis prévues par le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L'appelant interjette appel de la peine de 20 mois d'incarcération qui lui a été infligée et demande qu'elle soit commuée en une peine d'emprisonnement avec sursis, plaidant que le juge qui a déterminé la peine n'a pas pris en considération les facteurs appropriés pour l'application de l'al. 718.2e) du *Code*, eu égard au fait que l'appelant est un Autochtone.

En septembre 1996, la *Loi modifiant le Code criminel (détermination de la peine) et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1995, ch. 22 («projet de Loi C-41»), est entrée en vigueur, apportant d'importantes modifications au régime de détermination de la peine établi à la partie XXIII du *Code*. Notamment, ces modifications précisent l'objectif fondamental et les principes de la détermination de la peine (art. 718 à 718.2), en plus de comporter une disposition visant spécifiquement les délinquants autochtones (al. 718.2e)) et d'établir la peine d'emprisonnement avec sursis (art. 742.1).

Dans *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, on demandait à notre Cour de déterminer de quelle façon l'al. 718.2e) devrait être appliqué. Pour faire cette détermination, il a été nécessaire de situer cette disposition dans le contexte des objectifs et des principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2 d'une part, et de l'économie générale de la partie XXIII d'autre part. Notre Cour a jugé que les nouvelles dispositions relatives à la détermination de la peine marquaient «une étape majeure, soit la première codification et la première réforme substantielle des principes de détermination de la peine dans l'histoire du droit criminel canadien» (par. 39).

Soulignant que le législateur visait deux objectifs principaux par l'édiction de ces nouvelles dispositions législatives — (i) réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction; (ii) élargir l'application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine — notre Cour a dit ceci (au par. 48):

On voit donc qu'à l'époque de l'étude du projet de loi C-41, le gouvernement estimait que la nouvelle partie

2

3

4

new Part XXIII was to be remedial in nature. The proposed enactment was directed, in particular, at reducing the use of prison as a sanction, at expanding the use of restorative justice principles in sentencing, and at engaging in both of these objectives with a sensitivity to aboriginal community justice initiatives when sentencing aboriginal offenders.

5 This appeal was heard along with five companion appeals in which the Court was called upon to outline the general principles governing the new conditional sentencing provisions in Part XXIII (s. 742.1): see *R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5; *R. v. L.F.W.*, [2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6; *R. v. R.N.S.*, [2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7; *R. v. R.A.R.*, [2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8, and *R. v. Bunn*, [2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9. The Court has extensively outlined its interpretation of s. 742.1 in *Proulx*.

6 Consequently, the decisions in *Gladue* and *Proulx* provide the legal background for understanding the manner in which ss. 742.1 and 718.2(e) interact on the issues presented in this appeal. It should be pointed out that neither the trial judge nor the Court of Appeal had these decisions available to them when they considered the new sentencing regime.

II. Background

7 On November 8, 1996, a jury convicted the appellant of committing sexual assault contrary to s. 271 of the *Criminal Code*, and on December 19, 1996, he was sentenced to 20 months' incarceration with a 10-year firearm prohibition pursuant to s. 100 of the *Code*.

8 Early in the morning of May 15, 1994, the appellant attended a house party at the home of the victim, an 18-year-old aboriginal woman living with friends on the Tsuu T'ina Nation Reserve (also known as the Sarcee Reserve). Evidence at trial established that the victim was either asleep or unconscious from the effects of alcohol and she

XXIII avait un caractère essentiellement réparateur. Les modifications proposées visaient tout particulièrement à réduire le recours à l'emprisonnement comme sanction, à élargir l'application des principes de justice corrective au moment du prononcé de la peine, et à poursuivre ces deux objectifs en étant sensibles, dans le cas des délinquants autochtones, aux initiatives autochtones en matière de justice communautaire.

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que cinq affaires connexes, dans lesquelles notre Cour était appelée à dégager les principes généraux régissant l'application de la nouvelle disposition législative de la partie XXIII (art. 742.1) qui établit l'emprisonnement avec sursis: voir *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, 2000 CSC 5; *R. c. L.F.W.*, [2000] 1 R.C.S. 132, 2000 CSC 6; *R. c. R.N.S.*, [2000] 1 R.C.S. 149, 2000 CSC 7; *R. c. R.A.R.*, [2000] 1 R.C.S. 163, 2000 CSC 8, et *R. c. Bunn*, [2000] 1 R.C.S. 183, 2000 CSC 9. Notre Cour a exposé de façon exhaustive son interprétation de l'art. 742.1 dans l'arrêt *Proulx*.

Par conséquent, les arrêts *Gladue* et *Proulx* établissent le cadre juridique qui permet de bien saisir comment l'art. 742.1 et l'al. 718.2e) interagissent eu égard aux questions soulevées par le présent pourvoi. Il convient de souligner que ni le juge du procès ni la Cour d'appel ne disposaient de ces arrêts lorsqu'ils ont examiné le nouveau régime de détermination de la peine.

II. Les faits

Le 8 novembre 1996, l'appelant a été déclaré coupable par un jury de l'infraction d'agression sexuelle prévue à l'art. 271 du *Code criminel*, et, le 19 décembre 1996, il a été condamné à une peine de 20 mois d'incarcération assortie d'une ordonnance, fondée sur l'art. 100 du *Code*, lui interdisant d'avoir une arme à feu en sa possession pour une période de 10 ans.

Tôt le matin du 15 mai 1994, l'appelant participait à une fête au domicile de la victime, une jeune femme autochtone de 18 ans qui vivait avec des amis dans la réserve de la Nation Tsuu T'ina (également connue sous le nom de réserve Sarcee). Au procès, la preuve a établi que la victime était soit endormie soit inconsciente sous l'effet de l'alcool

was assaulted in her own bedroom. There was medical evidence of vaginal abrasions but there was no evidence of penetration. While the victim has no memory of the assault, she suffered hurt and humiliation when she learned of the event the next morning.

III. Relevant Statutory Provisions

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

718. The fundamental purpose of sentencing is to contribute, along with crime prevention initiatives, to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society by imposing just sanctions that have one or more of the following objectives:

- (a) to denounce unlawful conduct;
- (b) to deter the offender and other persons from committing offences;
- (c) to separate offenders from society, where necessary;
- (d) to assist in rehabilitating offenders;
- (e) to provide reparations for harm done to victims or to the community; and
- (f) to promote a sense of responsibility in offenders, and acknowledgment of the harm done to victims and to the community.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

- (a) a sentence should be increased or reduced to account for any relevant aggravating or mitigating circumstances relating to the offence or the offender, and, without limiting the generality of the foregoing,
 - (i) evidence that the offence was motivated by bias, prejudice or hate based on race, national or ethnic origin, language, colour, religion, sex, age, mental or physical disability, sexual orientation, or any other similar factor,
 - (ii) evidence that the offender, in committing the offence, abused the offender's spouse or child,

lorsqu'elle a été agressée dans sa propre chambre à coucher. La preuve médicale a révélé la présence d'éraflures au vagin, mais non qu'il y avait eu pénétration. Quoique la victime n'ait aucun souvenir de l'agression, elle s'est sentie blessée et humiliée le lendemain matin lorsqu'elle a appris ce qui s'était passé.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

718. Le prononcé des peines a pour objectif essentiel de contribuer, parallèlement à d'autres initiatives de prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre par l'infliction de sanctions justes visant un ou plusieurs des objectifs suivants:

- a) dénoncer le comportement illégal;
- b) dissuader les délinquants, et quiconque, de commettre des infractions;
- c) isoler, au besoin, les délinquants du reste de la société;
- d) favoriser la réinsertion sociale des délinquants;
- e) assurer la réparation des torts causés aux victimes ou à la collectivité;
- f) susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants, notamment par la reconnaissance du tort qu'ils ont causé aux victimes et à la collectivité.

718.1 La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

- a) la peine devrait être adaptée aux circonstances aggravantes ou atténuantes liées à la perpétration de l'infraction ou à la situation du délinquant; sont notamment considérées comme des circonstances aggravantes des éléments de preuve établissant:
 - (i) que l'infraction est motivée par des préjugés ou de la haine fondés sur des facteurs tels que la race, l'origine nationale ou ethnique, la langue, la couleur, la religion, le sexe, l'âge, la déficience mentale ou physique ou l'orientation sexuelle,
 - (ii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un mauvais traitement de son conjoint ou de ses enfants;

(iii) evidence that the offender, in committing the offence, abused a position of trust or authority in relation to the victim, or

(iv) evidence that the offence was committed for the benefit of, at the direction of or in association with a criminal organization

shall be deemed to be aggravating circumstances;

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

(c) where consecutive sentences are imposed, the combined sentence should not be unduly long or harsh;

(d) an offender should not be deprived of liberty, if less restrictive sanctions may be appropriate in the circumstances; and

(e) all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered for all offenders, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders.

742.1 Where a person is convicted of an offence, except an offence that is punishable by a minimum term of imprisonment, and the court

(a) imposes a sentence of imprisonment of less than two years, and

(b) is satisfied that serving the sentence in the community would not endanger the safety of the community and would be consistent with the fundamental purpose and principles of sentencing set out in sections 718 to 718.2,

the court may, for the purpose of supervising the offender's behaviour in the community, order that the offender serve the sentence in the community, subject to the offender's complying with the conditions of a conditional sentence order made under section 742.3.

742.3 (1) The court shall prescribe, as conditions of a conditional sentence order, that the offender do all of the following:

(a) keep the peace and be of good behaviour;

(b) appear before the court when required to do so by the court;

(c) report to a supervisor

(iii) que l'infraction perpétrée par le délinquant constitue un abus de la confiance de la victime ou un abus d'autorité à son égard;

(iv) que l'infraction a été commise au profit ou sous la direction d'un gang, ou en association avec lui;

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infliction de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

c) l'obligation d'éviter l'excès de nature ou de durée dans l'infliction de peines consécutives;

d) l'obligation, avant d'envisager la privation de liberté, d'examiner la possibilité de sanctions moins contraignantes lorsque les circonstances le justifient;

e) l'examen de toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones.

742.1 Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction — autre qu'une infraction pour laquelle une peine minimale d'emprisonnement est prévue — et condamnée à un emprisonnement de moins de deux ans, le tribunal peut, s'il est convaincu que le fait de purger la peine au sein de la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci et est conforme à l'objectif et aux principes visés aux articles 718 à 718.2, ordonner au délinquant de purger sa peine dans la collectivité afin d'y surveiller le comportement de celui-ci, sous réserve de l'observation des conditions qui lui sont imposées en application de l'article 742.3.

742.3 (1) Le tribunal assortit l'ordonnance de sursis des conditions suivantes, intimant au délinquant:

a) de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite;

b) de répondre aux convocations du tribunal;

c) de se présenter à l'agent de surveillance;

(i) within two working days, or such longer period as the court directs, after the making of the conditional sentence order, and

(ii) thereafter, when required by the supervisor and in the manner directed by the supervisor;

(d) remain within the jurisdiction of the court unless written permission to go outside that jurisdiction is obtained from the court or the supervisor; and

(e) notify the court or the supervisor in advance of any change of name or address, and promptly notify the court or the supervisor of any change of employment or occupation.

(2) The court may prescribe, as additional conditions of a conditional sentence order, that the offender do one or more of the following:

(a) abstain from

(i) the consumption of alcohol or other intoxicating substances, or

(ii) the consumption of drugs except in accordance with a medical prescription;

(b) abstain from owning, possessing or carrying a weapon;

(c) provide for the support or care of dependants;

(d) perform up to 240 hours of community service over a period not exceeding eighteen months;

(e) attend a treatment program approved by the province; and

(f) comply with such other reasonable conditions as the court considers desirable, subject to any regulations made under subsection 738(2), for securing the good conduct of the offender and for preventing a repetition by the offender of the same offence or the commission of other offences.

742.6 . . .

(9) Where the court is satisfied, on a balance of probabilities, that the offender has without reasonable excuse, the proof of which lies on the offender, breached a condition of the conditional sentence order, the court may

(a) take no action;

(b) change the optional conditions;

(c) suspend the conditional sentence order and direct

(i) dans les deux jours ouvrables suivant la date de l'ordonnance, ou dans le délai plus long fixé par le tribunal,

(ii) par la suite, selon les modalités de temps et de forme fixées par l'agent de surveillance;

d) de rester dans le ressort du tribunal, sauf permission écrite d'en sortir donnée par le tribunal ou par l'agent de surveillance;

e) de prévenir le tribunal ou l'agent de surveillance de ses changements d'adresse ou de nom et de les aviser rapidement de ses changements d'emploi ou d'occupation.

(2) Le tribunal peut assortir l'ordonnance de sursis de l'une ou de plusieurs des conditions suivantes, intimant au délinquant:

a) de s'abstenir de consommer:

(i) de l'alcool ou d'autres substances toxiques,

(ii) des drogues, sauf sur ordonnance médicale;

b) de s'abstenir d'être propriétaire, possesseur ou porteur d'une arme;

c) de prendre soin des personnes à sa charge et de subvenir à leurs besoins;

d) d'accomplir au plus deux cent quarante heures de service communautaire au cours d'une période maximale de dix-huit mois;

e) de suivre un programme de traitement approuvé par la province;

f) d'observer telles autres conditions raisonnables que le tribunal considère souhaitables, sous réserve des règlements d'application du paragraphe 738(2), pour assurer la bonne conduite du délinquant et l'empêcher de commettre de nouveau la même infraction ou de commettre d'autres infractions.

742.6 . . .

(9) Le tribunal peut, s'il est convaincu, par une preuve prépondérante, que le délinquant a enfreint, sans excuse raisonnable dont la preuve lui incombe, une condition de l'ordonnance de sursis:

a) ne pas agir;

b) modifier les conditions facultatives;

c) suspendre l'ordonnance et ordonner:

(i) that the offender serve in custody a portion of the unexpired sentence, and

(ii) that the conditional sentence order resume on the offender's release from custody, either with or without changes to the optional conditions; or

(d) terminate the conditional sentence order and direct that the offender be committed to custody until the expiration of the sentence.

(i) d'une part, au délinquant de purger en prison une partie de la peine qui reste à courir,

(ii) d'autre part, que l'ordonnance s'applique à compter de la libération du délinquant, avec ou sans modification des conditions facultatives;

d) mettre fin à l'ordonnance de sursis et ordonner que le délinquant soit incarcéré jusqu'à la fin de la peine d'emprisonnement.

IV. Judicial History

A. *Alberta Court of Queen's Bench*

10 At the sentencing hearing, McMahon J. characterized the appellant's actions as a "major" or "near major sexual assault". In his view, deterrence and denunciation were the paramount sentencing factors to be considered for this type of offence. McMahon J. took into account that there was no evidence of planning or deliberation, or gratuitous violence. He also observed that the appellant had two prior convictions for assault. Finally, he noted that there was no evidence of remorse.

11 The pre-sentence report was generally favourable to the appellant and recommended a conditional sentence. The appellant had completed a 28-day treatment program for alcohol abuse at the Poundmaker's Lodge, an aboriginal-focussed alcohol treatment centre. In addition, the appellant was assessed as posing no threat to the community as long as he abstained from alcohol use. Given that the appellant was an aboriginal, McMahon J. observed that he was "obliged to bear in mind section 718.2(e) of the *Code*".

12 Taking all these factors into account, McMahon J. held that "the necessary elements of deterrence and denunciation would be lacking" if the appellant were permitted to serve a conditional sentence in the community. As a result, he sentenced the

IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta*

À l'audience de détermination de la peine, le juge McMahon a qualifié les actes de l'appellant [TRADUCTION] d'«agression sexuelle majeure» ou «presque majeure». À son avis, la dissuasion et la dénonciation étaient les principaux facteurs de détermination de la peine à prendre en compte pour ce genre d'infraction. Le juge McMahon a tenu compte du fait qu'il n'y avait aucune preuve que l'acte avait été commis avec préméditation ou de propos délibéré, ou accompagné de violence gratuite. Il a également fait remarquer que l'appellant avait déjà été déclaré coupable de voies de fait à deux reprises dans le passé. Enfin, il a souligné qu'il n'y avait aucune preuve que l'appellant éprouvait des remords.

De façon générale, le rapport présentiel était favorable à l'appellant et recommandait l'emprisonnement avec sursis. L'appellant avait terminé un programme de traitement pour abus d'alcool d'une durée de 28 jours dans un centre de traitement pour les Autochtones, Poundmaker's Lodge. En outre, il a été déterminé que l'appellant n'était pas une menace pour la collectivité tant qu'il s'abstenait de consommer de l'alcool. Le juge McMahon a souligné que, comme l'appellant était un Autochtone, il était [TRADUCTION] «obligé d'avoir à l'esprit l'al. 718.2e) du *Code*».

Tenant compte de tous ces facteurs, le juge McMahon a estimé que [TRADUCTION] «les éléments nécessaires de dissuasion et de dénonciation seraient absents» si on permettait à l'appellant de purger une peine d'emprisonnement avec sursis

appellant to 20 months in a provincial correctional institution.

B. *Alberta Court of Appeal* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129

The appellant appealed on the basis that s. 718.2(e) had not been properly considered by the sentencing judge. The Court of Appeal dismissed the appeal, upholding the sentence imposed by the trial judge.

At the outset, the Court of Appeal determined that the standard of appellate review for a trial judge's imposition of sentence had been set out in a trilogy of sentencing decisions from this Court: *R. v. Shropshire*, [1995] 4 S.C.R. 227, *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, and *R. v. McDonnell*, [1997] 1 S.C.R. 948. The court accepted (at p. 135) that "absent an error in principle, failure to consider a relevant factor, or an overemphasis of the appropriate factors, a court of appeal should only intervene to vary a sentence imposed at trial if the sentence is demonstrably unfit" (citing *M. (C.A.)*, per Lamer C.J., at para. 90).

Fresh evidence of the appellant's involvement in community alcohol programs was presented at the Court of Appeal with the consent of the Crown. The appellant and Crown had agreed that the Court of Appeal could consider this new evidence, and treat it as if it had been available at the original sentencing.

The evidence included an application, made by the appellant, to the aboriginal-specific services of the Poundmaker's Lodge Alcohol and Drug Abuse Centre for a second treatment session by the appellant. There were also submissions from the Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge indicating that they were willing to admit the appellant after the hearing of the Court of Appeal, and that he could remain in this alcohol treatment program until his

dans la collectivité. Il a en conséquence condamné l'appelant à 20 mois d'incarcération dans un établissement correctionnel provincial.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (1998), 125 C.C.C. (3d) 129

L'appelant a interjeté appel, plaidant que le juge qui avait déterminé la peine n'avait pas tenu compte adéquatement de l'al. 718.2e). La Cour d'appel a rejeté l'appel et a confirmé la peine infligée par le juge du procès.

Dès le départ, la Cour d'appel a déclaré que la norme de contrôle applicable en appel à l'égard des peines infligées par les juges présidant les procès avait été établie dans une trilogie d'arrêts rendus par notre Cour en matière de détermination de la peine: *R. c. Shropshire*, [1995] 4 R.C.S. 227, *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, et *R. c. McDonnell*, [1997] 1 R.C.S. 948. La cour a fait siens (à la p. 135) les propos suivants du juge en chef Lamer dans l'arrêt *M. (C.A.)*, au par. 90, «sauf erreur de principe, omission de prendre en considération un facteur pertinent ou insistance trop grande sur les facteurs appropriés, une cour d'appel ne devrait intervenir pour modifier la peine infligée au procès que si elle n'est manifestement pas indiquée».

Le nouvel élément de preuve faisant état de la participation de l'appelant à des programmes communautaires de traitement de l'alcoolisme a été présenté à la Cour d'appel avec le consentement du ministère public. L'appelant et le ministère public avaient convenu que la Cour d'appel pouvait tenir compte de ce nouvel élément de preuve, comme s'il avait été disponible à l'audience initiale de détermination de la peine.

Cette preuve comportait la demande faite par l'appelant en vue de suivre une deuxième série de traitements spécifiquement destinés aux Autochtones au Poundmaker's Lodge Alcohol and Drug Abuse Centre. En outre, des observations présentées par le Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge indiquaient que cet établissement était disposé à accueillir l'appelant après l'audience de la Cour d'appel et que ce dernier pouvait participer à son

13

14

15

16

admission to the Poundmaker's Lodge. There was also a brochure outlining the Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge program which described the Lodge's goals and objectives. The court took note that the Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge's brochure indicated that "persons who have a history of violence, child molestation, sexual offences" were considered "inappropriate clients" (p. 141).

programme de traitement de l'alcoolisme jusqu'à ce qu'il soit admis au Poundmaker's Lodge. A également été déposée une brochure décrivant le programme du Tsuu T'ina Nation Spirit Healing Lodge, laquelle énonçait les buts et objectifs de cet établissement. La cour a signalé que la brochure indiquait que [TRADUCTION] «les personnes qui ont des antécédents de violence, de pédophilie et d'agressions sexuelles» étaient considérées comme «des clients inappropriés» (p. 141).

17 In holding that the evidence was properly adduced, the court remarked that this information had assisted the court in considering alternatives to imprisonment. However, the court commented that the evidence was problematic for the appellant since the nature of the appellant's crime had apparently rendered him an inappropriate client for the alcohol treatment centre.

Jugeant que cet élément de preuve avait été déposé régulièrement, la Cour d'appel a souligné que ces renseignements l'avaient aidée dans l'examen des solutions de rechange à l'emprisonnement. Elle a cependant indiqué que cet élément de preuve était défavorable à l'appelant puisque, en raison de la nature de son crime, il était apparemment un client inapproprié pour le centre de traitement de l'alcoolisme.

18 Adopting the approach in *R. v. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (Alta. C.A.), the court determined that a conditional sentence would rarely be available where the paramount sentencing concerns are deterrence and denunciation which pursuant to *Brady* called for actual imprisonment.

Adoptant la méthode appliquée dans *R. c. Brady* (1998), 121 C.C.C. (3d) 504 (C.A. Alb.), la Cour d'appel a estimé que l'emprisonnement avec sursis constitue rarement une sanction susceptible d'être infligée dans les cas où les considérations primordiales aux fins de détermination de la peine sont la dissuasion et la dénonciation, considérations qui, selon l'arrêt *Brady*, commandent l'incarcération.

19 The court also held that the application of s. 718.2(e) would not alter this result (at p. 142):

La Cour d'appel a également jugé que l'application de l'al. 718.2e) ne changerait rien à ce résultat (à la p. 142):

We reject the suggestion that s. 718.2(e) would displace the rationale in *Brady*, and faced as we are here with a crime worthy of denunciation and deterrence, and the fact that the sentence must be proportionate to the gravity of the crime, it is clear that s. 718.2(e) cannot be interpreted to mean that in some fashion an alternative to imprisonment *must* be imposed as a sentence for the Appellant. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] Nous rejetons l'argument que l'al. 718.2e) écarte le raisonnement fait dans *Brady*; de plus, compte tenu, d'une part, du fait que nous sommes en présence d'un crime qui commande des mesures de dénonciation et de dissuasion et, d'autre part, du fait que la peine doit être proportionnelle à la gravité du crime, il est clair que l'al. 718.2e) ne saurait être interprété comme signifiant qu'une quelconque peine substitutive *doit* être infligée à l'appelant. [En italique dans l'original.]

20 The court stated that the words "reasonable in the circumstances" contained in s. 718.2(e) required an expansive reading, understanding them within the context of the objectives and purposes of sentencing outlined in ss. 718 to 718.2. From

La Cour d'appel a déclaré que les mots «justifiées dans les circonstances», figurant à l'al. 718.2e) devaient être interprétés globalement, dans le contexte des objectifs et des principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à

this basis, the term “reasonable” requires that the sentence be commensurate with these objectives and principles of sentencing. Accordingly, the “circumstances” to be considered include the gravity and nature of the offence, the record of the accused, impact on victims and the community, the need for denunciation and deterrence, the need to maintain proportionality, aggravating and mitigating factors, relevant case law, and the particular circumstances of the accused (at p. 138).

The court’s analysis of s. 718.2(e) continued with his examination of the words “with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders”. In its view these words required that the sentencing judge pay attention to all of the sentencing factors noted above, “together with the additional circumstances particular to aboriginal offenders” (p. 138). These “additional circumstances” included: social factors particular to aboriginal Canadians; recognition of the alternative approaches taken to sanctions by aboriginal communities; the geographic availability of alternative sanctions; and community support.

The court held that Parliament could not have intended that victims of aboriginal offenders, including aboriginal victims, would receive less protection under the law. Nor did Parliament intend s. 718.2(e) to be in any way paramount to the other provisions set out in ss. 718 to 718.2. Again, the court emphasized that the sentence must be one which accords with all of the sentencing principles and objectives set out in ss. 718 to 718.2, and includes attention to the factors noted above.

Noting that s. 726.1 of the *Criminal Code* was permissive rather than mandatory, the court held that the sentencing judge was not under an obligation to conduct an inquiry as to the circumstances of the aboriginal offender. Rather, the onus rests on the accused to suggest specific alternative sanctions supported by evidentiary submissions to the court. The sentencing judge must take into account

718.2. Ainsi, le mot «justifiées» exige que la peine soit conforme à ces objectifs et principes. En conséquence, parmi les «circonstances» qui doivent être prises en compte, mentionnons la gravité et la nature de l’infraction, le casier judiciaire de l’accusé, les effets du crime sur les victimes et sur la collectivité, le besoin de dénonciation et de dissuasion, la nécessité de respecter le principe de la proportionnalité, les facteurs aggravants et atténuants, la jurisprudence pertinente et la situation particulière de l’accusé (à la p. 138).

La Cour d’appel a poursuivi son analyse de l’al. 718.2(e) en examinant le passage suivant de cette disposition: «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones». De l’avis de la cour, ce passage exigeait du juge chargé de déterminer la peine qu’il tienne compte de tous les facteurs susmentionnés, [TRADUCTION] «ainsi que des circonstances additionnelles particulières aux délinquants autochtones» (p. 138). Étaient comprises parmi ces «circonstances additionnelles»: les facteurs sociaux particuliers aux Autochtones canadiens, la reconnaissance des méthodes alternatives de détermination des sanctions appliquées par les communautés autochtones, la disponibilité de sanctions substitutives du point de vue géographique et l’appui de la collectivité.

La Cour d’appel a estimé que le législateur n’avait pas pu vouloir que la loi accorde une protection moins grande aux victimes de délinquants autochtones, y compris les victimes autochtones, ni que l’al. 718.2(e) prime, de quelque façon, les autres dispositions des art. 718 à 718.2. La cour a de nouveau souligné que la peine devait être conforme à tous les principes et objectifs visés aux art. 718 à 718.2 et qu’elle devait tenir compte des facteurs susmentionnés.

Soulignant que l’art. 726.1 du *Code criminel* avait un caractère facultatif et non impératif, la Cour d’appel a estimé que le juge qui avait déterminé la peine n’avait pas l’obligation de mener une enquête sur la situation du délinquant autochtone. Il incombe plutôt à l’accusé de proposer à la cour des sanctions substitutives précises, appuyées par des observations fondées sur la preuve. Le juge

21

22

23

that he or she is dealing with an aboriginal offender and “must address his or her mind to the circumstances of aboriginal offenders” (p. 141). In order to succeed, the submissions on behalf of the accused must be reasonable in the circumstances and must be commensurate with the other sentencing provisions set out in the *Criminal Code* as well as relevant jurisprudence.

24

In summary, the court found that the sentencing judge had properly taken into account the circumstances of the appellant, including the fact that the appellant was an aboriginal. In concluding, the court stated (at p. 142):

The Trial Judge was faced with a serious sexual assault on an unconscious victim in her own bedroom, involving an adult offender with a record. While it is clear that the Appellant has a long-standing problem of alcohol abuse, the Appellant evidently made no effort prior to 1994 to address this problem and all efforts to rehabilitate have been subsequent to the offence.

Given the circumstances which were before the Trial Judge, it is clear that any sentence that he imposed would have to properly reflect denunciation, specific and general deterrence, and be proportionate to the gravity of the offence.

V. Analysis

A. *Introduction*

25

Section 718.2(e) of the *Criminal Code* provides that all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances should be considered, with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders. As a general matter, this appeal raises the issue of whether a non-custodial sentence is reasonable, to use the language of s. 718.2(e), in circumstances where the paramount sentencing objectives are denunciation and deterrence. More specifically, this appeal must determine whether the trial judge

qui détermine la peine doit tenir compte du fait qu’il est en présence d’un délinquant autochtone et il [TRADUCTION] «doit s’attacher aux circonstances particulières des délinquants autochtones» (p. 141). Pour être acceptés, les arguments présentés au nom de l’accusé doivent être justifiés dans les circonstances et être conformes aux autres dispositions relatives à la détermination de la peine prévues par le *Code criminel* ainsi qu’à la jurisprudence pertinente.

En résumé, la Cour d’appel a décidé que le juge qui avait prononcé la peine avait tenu compte adéquatement des circonstances propres à l’appelant, y compris du fait que ce dernier était un Autochtone. En concluant, la cour a dit ceci (à la p. 142):

[TRADUCTION] Le juge du procès était saisi d’une affaire concernant une agression sexuelle sérieuse, commise contre une victime inconsciente, dans sa propre chambre à coucher, par un délinquant adulte ayant des antécédents judiciaires. Bien qu’il soit clair que l’appelant souffre depuis longtemps d’un problème de consommation abusive d’alcool, il est évident qu’il n’a rien fait avant 1994 pour régler ce problème et que tous ses efforts de réadaptation sont survenus après la perpétration de l’infraction.

Vu les circonstances du cas dont était saisi le juge du procès, il est clair que toute peine qu’il infligerait devait répondre adéquatement aux besoins de dissuasion — spécifique et générale — et de dénonciation, en plus d’être proportionnelle à la gravité de l’infraction.

V. L’analyse

A. *Introduction*

Aux termes de l’al. 718.2e) du *Code criminel*, toutes les sanctions substitutives qui sont justifiées dans les circonstances doivent être examinées, plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones. De façon générale, le présent pourvoi soulève la question de savoir si une sanction autre que l’incarcération est justifiée, pour reprendre les termes de l’al. 718.2e), dans des cas où la dénonciation et la dissuasion sont les objectifs primordiaux aux fins de détermination de la peine. Plus précisément, il faut décider, dans le présent pour-

properly applied s. 718.2(e) when sentencing the appellant.

My discussion of these issues will deal with the following points. First, as a preliminary matter, it is important to understand how and when a sentencing judge should consider the particular circumstances of an aboriginal offender in relation to the determination of the availability of a conditional sentence pursuant to s. 742.1. Since s. 718.2(e) requires the consideration of “all available sanctions other than imprisonment that are reasonable in the circumstances” (emphasis added), the second section of my analysis focuses on the availability of conditional sentences for crimes where, as in this appeal, the objectives of denunciation or deterrence are paramount. Finally, given that a conditional sentence is possible where the sentencing objectives are denunciation and deterrence, the third section of the analysis will discuss whether the imposition of a conditional sentence, as opposed to a sentence of incarceration, was “reasonable in the circumstances” of this case. In other words, the issue is whether the sentencing judge properly applied s. 718.2(e) to this appellant.

B. *The Determination of the Availability of a Conditional Sentence, and Section 718.2(e)’s Role Therein*

Lamer C.J., in *Proulx, supra*, held that a purposive interpretation of s. 742.1 required the sentencing judge to proceed in stages in determining the appropriateness of a conditional sentence. At the preliminary stage, the judge simply has to exclude two possibilities: (a) probationary measures; and (b) a penitentiary term. The duration and venue of the sentence are not determined at this preliminary stage. In addition, the judge is required to consider the fundamental purpose and principles of sentencing set out in ss. 718 to 718.2 only to the extent necessary to narrow the range of sentence for the offender. If, at this point, either a penitentiary or a

voi, si le juge du procès a appliqué correctement l’al. 718.2e) lorsqu’il a déterminé la peine de l’appelant.

Je vais, dans l’examen de ces questions, traiter des points suivants. Premièrement, il importe au départ de bien comprendre quand et comment le juge chargé de déterminer la peine doit examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve un délinquant autochtone afin de décider si elles donnent ouverture à l’octroi du sursis à l’emprisonnement prévu à l’art. 742.1. Étant donné que l’al. 718.2e) exige l’examen de «toutes les sanctions substitutives applicables qui sont justifiées dans les circonstances» (je souligne), la deuxième partie de mon analyse porte sur l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis aux crimes qui, comme celui en cause dans le présent pourvoi, commandent principalement la poursuite des objectifs de dénonciation et de dissuasion. Enfin, puisqu’il est possible d’octroyer le sursis à l’emprisonnement lorsque les objectifs visés par la détermination de la peine sont la dénonciation et la dissuasion, la troisième partie de mon analyse portera sur la question de savoir s’il était «justifié dans les circonstances» de la présente affaire d’octroyer le sursis à l’emprisonnement, plutôt que d’infliger une peine d’incarcération. En d’autres termes, il s’agit de déterminer si le juge qui a déterminé la peine a bien appliqué l’al. 718.2e) à l’appelant.

B. *La détermination de l’applicabilité de l’emprisonnement avec sursis et le rôle de l’al. 718.2e) à cet égard*

Dans *Proulx*, précité, le juge en chef Lamer a estimé que l’interprétation fondée sur l’objet de l’art. 742.1 exige du juge chargé de déterminer la peine qu’il procède par étapes lorsqu’il décide de l’opportunité de l’emprisonnement avec sursis. À l’étape préliminaire, le juge n’a qu’à déterminer s’il y a lieu d’écarter deux possibilités: a) les mesures probatoires; b) l’incarcération dans un pénitencier. La durée de la peine et l’endroit où elle sera purgée ne sont pas fixés à cette étape: En outre, le juge est tenu de prendre en compte l’objectif et les principes de la détermination de la peine visés aux art. 718 à 718.2, mais seulement

suspended sentence is appropriate, then a conditional sentence should not be imposed (*Proulx*, at paras. 58-59).

28 Before moving to the next stage of the analysis, the sentencing judge must also establish whether the statutory prerequisites set out in s. 742.1 have been satisfied. These prerequisites include: (i) the absence of a minimum term of imprisonment; (ii) a sentence of imprisonment of less than two years (i.e., the elimination of a penitentiary term per step one); and (iii) that the safety of the community would not be endangered by the offender serving the sentence in the community. Two factors must be taken into account in assessing the danger to a community posed by an offender: (i) the risk of the offender re-offending; and (ii) the gravity of the damage that could ensue in the event of re-offence. In *Proulx*, the Chief Justice provided helpful guidance for this risk assessment at paras. 69-76.

29 Pursuant to s. 742.1(b), the second and most substantial stage of the analysis involves the determination of whether a conditional sentence would be consistent with the fundamental purpose and principles set out in ss. 718 to 718.2. Unlike the more cursory review of the purpose and principles of sentencing at the preliminary stage, this second stage requires a comprehensive consideration of these principles and objectives. It is this comprehensive consideration which guides the sentencing judge in determining (i) whether the offender should serve the sentence in the community or in jail, (ii) the duration of the sentence, and, if a conditional sentence, (iii) the nature of the conditions to be imposed.

30 If the judge's preliminary assessment of a fit sentence excludes both a suspended sentence and a penitentiary sentence, and the statutory prerequisites in s. 742.1 are fulfilled, then he or she is required to consider s. 718.2(e) when deciding the

dans la mesure nécessaire pour délimiter la fourchette des peines applicables au délinquant. Si, à cette étape, la sanction appropriée est soit l'incarcération dans un pénitencier soit le sursis au prononcé de la peine, l'emprisonnement avec sursis ne devrait alors pas être infligé (*Proulx*, aux par. 58 et 59).

Avant de passer à l'étape suivante de l'analyse, le juge chargé de déterminer la peine doit également se demander si les exigences prévues par l'art. 742.1 sont respectées. Ces préalables sont: (i) l'absence d'une peine minimale d'emprisonnement applicable à l'infraction visée; (ii) la condamnation du délinquant à un emprisonnement de moins de deux ans (en d'autres mots, l'élimination à la première étape du recours à l'incarcération dans un pénitencier); (iii) le fait que le délinquant purge sa peine dans la collectivité ne met pas en danger la sécurité de celle-ci. Deux facteurs doivent être pris en considération pour apprécier le danger que constitue un délinquant pour la collectivité: (i) le risque qu'il récidive; (ii) la gravité du préjudice susceptible d'être causé en cas de récidive. Dans *Proulx*, aux par. 69 à 76, le Juge en chef a donné des indications utiles pour apprécier ce risque.

Suivant l'art. 742.1, dans le cadre de la deuxième étape de l'analyse, qui est également la plus importante, le tribunal doit déterminer si l'octroi du sursis à l'emprisonnement est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine énoncés aux art. 718 à 718.2. Contrairement à l'étape préliminaire, qui ne donne lieu qu'à un examen superficiel de cet objectif et de ces principes, cette deuxième étape requiert plutôt du tribunal qu'il en fasse un examen exhaustif. C'est cet examen exhaustif qui permet au tribunal (i) de décider s'il y a lieu que le délinquant purge sa peine dans la collectivité ou en prison, (ii) de fixer la durée de la peine et, lorsqu'il s'agit d'une peine d'emprisonnement avec sursis, (iii) de déterminer la nature des conditions dont elle sera assortie.

Si, après avoir préliminairement déterminé que ni le sursis au prononcé de la peine ni l'incarcération dans un pénitencier ne constituent la sanction appropriée, et si les exigences prévues par l'art. 742.1 sont respectées, le juge a alors l'obliga-

appropriateness of a conditional sentence. The judge's consideration of s. 718.2(e) at this stage does not displace the need to take into account all of the other principles and objectives set out in ss. 718 to 718.2. Moreover, whenever a judge narrows the choice to a sentence involving a sentence of incarceration, the judge is obliged to consider the unique systemic or background circumstances which may have played a part in bringing the particular aboriginal offender before the courts. As well, the judge must consider the types of practicable procedures and sanctions which would be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage (*Gladue, supra*, at para. 93). As was indicated in *Gladue*, the application of s. 718.2(e) does not mean that a sentence will automatically be reduced, since the determination of a fit sentence requires a consideration of all the principles and objectives set out in Part XXIII.

C. The Availability of a Conditional Sentence for Offences Where the Paramount Sentencing Objectives Are Denunciation or Deterrence

In *Proulx, supra*, the Court determined that the conditional sentence of imprisonment, introduced with Bill C-41, represents a meaningful alternative to incarceration for less serious and non-dangerous offenders. As was the case with s. 718.2(e) (see *Gladue, supra*), the conditional sentence was enacted in order to further Parliament's goals of reducing the use of prison and expanding the use of restorative justice principles in sentencing. At paras. 99-100 in *Proulx*, Lamer C.J. described how the conditional sentence incorporates traditionally punitive goals of sentencing while also providing an opportunity to further the goals of restorative justice:

The conditional sentence facilitates the achievement of both of Parliament's objectives. It affords the sentencing judge the opportunity to craft a sentence with

tion de prendre en compte l'al. 718.2e) lorsqu'il décide si l'emprisonnement avec sursis est une sanction justifiée. La prise en compte de l'al. 718.2e) par le juge à cette étape n'écarte pas le besoin de considérer tous les autres principes et objectifs énoncés aux art. 718 à 718.2. De plus, chaque fois que le juge arrête son choix sur une peine comportant l'incarcération, il a l'obligation d'examiner les circonstances systémiques ou historiques particulières qui sont susceptibles d'avoir contribué à la présence du délinquant autochtone concerné devant les tribunaux. De même, le juge doit prendre en compte les diverses procédures et sanctions auxquelles il est concrètement possible d'avoir recours et qui seraient appropriées à l'égard du délinquant concerné en raison de son héritage autochtone (*Gladue, précité*, au par. 93). Comme il a été indiqué dans *Gladue*, l'application de l'al. 718.2e) n'entraîne pas automatiquement la réduction de la peine, puisque la détermination de la peine appropriée exige l'examen de tous les principes et objectifs énoncés dans la partie XXIII.

C. Applicabilité de l'emprisonnement avec sursis aux infractions à l'égard desquelles la dénonciation et la dissuasion sont les objectifs primordiaux aux fins de détermination de la peine

Dans *Proulx, précité*, notre Cour a jugé que l'emprisonnement avec sursis, sanction introduite par le projet de loi C-41, constitue une solution de rechange utile à l'emprisonnement dans le cas des délinquants non dangereux. Tout comme l'al. 718.2e) (voir *Gladue, précité*), la disposition créant l'emprisonnement avec sursis a été édictée afin de favoriser la réalisation des objectifs suivants du législateur: la réduction du recours à l'emprisonnement comme sanction et l'élargissement de l'application des principes de justice corrective en matière de détermination de la peine. Aux par. 99 et 100 de l'arrêt *Proulx*, le juge en chef Lamer a décrit la manière dont l'emprisonnement avec sursis intègre les objectifs historiquement punitifs de la détermination de la peine, tout en permettant la poursuite d'objectifs de justice corrective:

L'emprisonnement avec sursis facilite la réalisation des deux objectifs du législateur. Il donne au tribunal la possibilité de façonner une peine assortie de conditions

appropriate conditions that can lead to the rehabilitation of the offender, reparations to the community, and the promotion of a sense of responsibility in ways that jail cannot. However, it is also a punitive sanction. Indeed, it is the punitive aspect of a conditional sentence that distinguishes it from probation. As discussed above, it was not Parliament's intention that offenders who would otherwise have gone to jail for up to two years less a day now be given probation or some equivalent thereof.

Thus, a conditional sentence can achieve both punitive and restorative objectives. To the extent that both punitive and restorative objectives can be achieved in a given case, a conditional sentence is likely a better sanction than incarceration. Where the need for punishment is particularly pressing, and there is little opportunity to achieve any restorative objectives, incarceration will likely be the more attractive sanction. However, even where restorative objectives cannot be readily satisfied, a conditional sentence will be preferable to incarceration in cases where a conditional sentence can achieve the objectives of denunciation and deterrence as effectively as incarceration. This follows from the principle of restraint in s. 718.2(d) and (e), which militates in favour of alternatives to incarceration where appropriate in the circumstances.

32

The Chief Justice discussed how the sentencing objectives, outlined in s. 718(a) to (f), related to this interpretation of the provision's dual purpose. While recognizing that a conditional sentence is generally better suited to achieve the restorative objectives of rehabilitation, reparations, and promotion of a sense of responsibility in the offender, Lamer C.J. indicated that the objectives of deterrence and denunciation could be well served with a conditional sentence. Indeed, he noted that certain conditions can create more onerous circumstances than those associated with incarceration (at para. 105).

appropriées qui pourra mener — d'une manière que ne permettrait pas l'incarcération — à la réinsertion sociale du délinquant, à la réparation des torts causés à la collectivité et à la prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités. Toutefois, il s'agit également d'une sanction punitive. De fait, c'est son aspect punitif qui distingue l'emprisonnement avec sursis de la probation. Comme nous l'avons vu plus tôt, le législateur n'entendait pas qu'un délinquant qui aurait autrement été incarcéré pendant une période de moins de deux ans bénéficie désormais de la probation ou d'une mesure équivalente.

L'emprisonnement avec sursis peut donc permettre la réalisation d'objectifs punitifs et correctifs. Dans la mesure où ces deux types d'objectifs peuvent être atteints dans un cas donné, l'emprisonnement avec sursis est probablement une sanction préférable à l'incarcération. Par contre, lorsque le besoin de punition est particulièrement pressant et qu'il y a peu de chances de réaliser des objectifs correctifs, l'incarcération constitue vraisemblablement la sanction la plus intéressante. Cependant, même dans les cas où la réalisation d'objectifs correctifs ne serait pas une tâche facile, l'emprisonnement avec sursis est préférable à l'incarcération lorsqu'il permet de réaliser aussi efficacement que celle-ci les objectifs de dénonciation et de dissuasion. C'est ce qui ressort du principe de modération qui est exprimé aux al. 718.2d) et e) et qui milite en faveur de l'application de sanctions autres que l'incarcération lorsque les circonstances le justifient.

Le Juge en chef a expliqué en quoi les objectifs de la détermination de la peine énoncés aux al. 718a) à f) se rattachent à cette interprétation du double objectif de cette disposition. Tout en reconnaissant que l'emprisonnement avec sursis était une sanction généralement plus propice à la réalisation des objectifs correctifs de réinsertion sociale du délinquant, de réparation des torts causés et de prise de conscience par le délinquant de ses responsabilités, le juge en chef Lamer a indiqué que les objectifs de dissuasion et de dénonciation pouvaient être bien servis par une peine d'emprisonnement avec sursis. De fait, il a souligné que, dans certains cas, les conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement pouvaient créer des situations plus pénibles que celles liées à l'incarcération (au par. 105).

The amount of denunciation and deterrence provided by a conditional sentence varies depending on the nature of the conditions imposed and the duration of the sentence. Since the imposition of any sentence is determined on an individual basis, each conditional sentence needs to be crafted with attention to the particular circumstances of the offence, offender, and the community in which the offence took place (see *M. (C.A.)*, *supra*, per Lamer C.J., at para. 92). Consequently, conditions will vary according to these factors with it being generally true that “the more serious the offence and the greater the need for denunciation, the longer and more onerous the conditional sentence should be” (*Proulx*, at para. 106).

Nevertheless, Lamer C.J. pointed out that “there may be certain circumstances in which the need for denunciation [or deterrence] is so pressing that incarceration will be the only suitable way in which to express society’s condemnation of the offender’s conduct” (*Proulx*, at para. 106). He further stated (at paras. 114 and 116):

This may be so notwithstanding the fact that restorative goals might be achieved by a conditional sentence. Conversely, a conditional sentence may provide sufficient denunciation and deterrence, even in cases in which restorative objectives are of diminished importance, depending on the nature of the conditions imposed, the duration of the conditional sentence, and the circumstances of the offender and the community in which the conditional sentence is to be served.

Sentencing judges will frequently be confronted with situations in which some objectives militate in favour of a conditional sentence, whereas others favour incarceration. In those cases, the trial judge will be called upon to weigh the various objectives in fashioning a fit sentence. As La Forest J. stated in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 329 “[i]n a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender”. There is no easy test or formula that the judge can apply in weighing these factors. Much will depend

Le degré de dénonciation et de dissuasion produit par une ordonnance de sursis à l’emprisonnement varie en fonction de sa durée d’application et de la nature des conditions dont elle est assortie. Étant donné que la détermination de la peine est un processus individualisé, chaque ordonnance de sursis à l’emprisonnement doit être élaborée en s’attachant aux circonstances particulières de l’infraction, ainsi qu’à la situation du délinquant et de la collectivité où l’infraction a eu lieu (voir *M. (C.A.)*, précité, le juge en chef Lamer, au par. 92). Par conséquent, les conditions varieront selon ces facteurs, bien qu’il soit généralement vrai que «plus l’infraction est grave et le besoin de dénonciation important, plus la durée de l’ordonnance de sursis devrait être longue et les conditions de celle-ci rigoureuses» (*Proulx*, au par. 106).

Néanmoins, le juge en chef Lamer a souligné qu’«il peut survenir des cas où la nécessité de dénoncer [ou de dissuader] est si pressante que l’incarcération est alors la seule peine qui convienne pour exprimer la réprobation de la société à l’égard du comportement du délinquant» (*Proulx*, au par. 106). Il a ajouté ceci (aux par. 114 et 116):

[E]t ce en dépit du fait que l’emprisonnement avec sursis pourrait également permettre la réalisation d’objectifs correctifs. À l’inverse, selon de la nature des conditions imposées dans l’ordonnance de sursis, la durée de celle-ci et la situation du délinquant et de la collectivité au sein de laquelle il purgera sa peine, il est possible que l’emprisonnement avec sursis ait un effet dénonciateur et dissuasif suffisant, même dans les cas où les objectifs correctifs présentent moins d’importance.

Il arrive fréquemment que le juge qui détermine la peine se trouve devant une situation où certains objectifs militent en faveur de l’octroi du sursis à l’emprisonnement et d’autres en faveur de l’emprisonnement. En pareils cas, le juge du procès doit soulever ces divers objectifs pour déterminer la peine appropriée. Comme a expliqué le juge La Forest dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 329, «[d]ans un système rationnel de détermination des peines, l’importance relative de la prévention, de la dissuasion, du châtement et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant». Le juge ne dispose pas d’un

on the good judgment and wisdom of sentencing judges, whom Parliament vested with considerable discretion in making these determinations pursuant to s. 718.3.

35 Therefore, depending on the severity of the conditions imposed, a conditional sentence may be reasonable in circumstances where deterrence and denunciation are paramount considerations. Ultimately, however, the determination of the availability of a conditional sentence depends upon the sentencing judge's assessment of the specific circumstances of the case, including a consideration of the aggravating factors, the nature of the offence, the community context, and the availability of conditions which have the capacity to properly reflect society's condemnation.

D. Whether the Imposition of a Conditional Sentence Is Reasonable in the Circumstances

36 In *Gladue, supra*, the Court concluded that, as a general principle, s. 718.2(e) indicates that a custodial sentence is the penal sanction of last resort for all offenders, to be used only where no other sanction is appropriate. As to the words "with particular attention to the circumstances of aboriginal offenders", the Court reasoned that sentencing judges should pay particular attention to the fact that the circumstances of aboriginal offenders are unique in comparison with those of non-aboriginal offenders. Section 718.2(e) has a remedial purpose for all offenders, focussing as it does on the concept of restorative justice, a sentencing approach which seeks to restore the harmony that existed prior to the accused's actions. Again, the appropriateness of the sentence will take into account the needs of the victims, the offender, and the community as a whole.

37 While the objective of restorative justice, by virtue of s. 718.2(e), applies to all offenders, the

critère ou d'une formule d'application simple à cet égard. Il faut s'en remettre au jugement et à la sagesse du juge qui détermine la peine, que le législateur a investi d'un pouvoir discrétionnaire considérable à cet égard à l'art. 718.3.

Par conséquent, selon la sévérité des conditions assortissant l'ordonnance de sursis à l'emprisonnement, cette sanction peut être justifiée dans les cas où la dissuasion et la dénonciation sont des considérations primordiales. En bout de ligne, toutefois, la réponse à la question de savoir s'il s'agit d'un cas donnant ouverture à l'octroi du sursis à l'emprisonnement dépend de l'appréciation par le juge qui détermine la peine des circonstances particulières de l'affaire, notamment les facteurs aggravants, la nature de l'infraction, la situation de la collectivité et la possibilité de fixer des conditions permettant de refléter adéquatement la condamnation de la société.

D. L'octroi du sursis à l'emprisonnement est-il justifié dans les circonstances?

Dans *Gladue*, précité, notre Cour a jugé que l'al. 718.2e) établit le principe général que l'incarcération est une sanction pénale de dernier recours à l'égard de tous les délinquants et qu'il ne faut y recourir que lorsque aucune autre sanction n'est appropriée. Pour ce qui est des mots «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones», notre Cour a raisonné que le juge chargé de déterminer la peine doit porter une attention spéciale au fait que les circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones sont particulières, si on les compare à celles dans lesquelles se trouvent les délinquants non-autochtones. L'alinéa 718.2e) a un objet réparateur qui vise tous les délinquants, en ce qu'il met l'accent sur le concept de justice corrective, méthode de détermination de la peine qui cherche à rétablir l'harmonie qui existait avant les actes de l'accusé. Encore une fois, le caractère approprié de la peine sera évalué en fonction des besoins des victimes, du délinquant et de la collectivité dans son ensemble.

Bien que l'objectif de justice corrective visé à l'al. 718.2e) s'applique à tous les délinquants, le

requirement to pay “particular attention to the circumstances of aboriginal offenders” recognizes that most traditional aboriginal conceptions of sentencing hold restorative justice to be the primary objective. In addition, s. 718.2(e) has a particular remedial purpose for aboriginal peoples, as it was intended to address the serious problem of overincarceration of aboriginal offenders in Canadian penal institutions. In singling out aboriginal offenders for distinct sentencing treatment in s. 718.2(e), it is reasonable to assume that Parliament intended to address this social problem, to the extent that a remedy was possible through sentencing procedures.

In order to provide guidance to sentencing judges as to the manner in which the remedial purpose of s. 718.2(e) could be given effect, the reasons in *Gladue* set out a framework of analysis for the sentencing judge. In considering the circumstances of aboriginal offenders, the sentencing judge must take into account, at the very least, both the unique systemic or background factors that are mitigating in nature in that they may have played a part in the aboriginal offender’s conduct, and the types of sentencing procedures and sanctions which may be appropriate in the circumstances for the offender because of his or her particular aboriginal heritage or connection (*Gladue*, at para. 66). In particular, given that most traditional aboriginal approaches place a primary emphasis on the goal of restorative justice, the alternative of community-based sanctions must be explored.

In the search for a fit sentence, therefore, the role of the sentencing judge is to conduct the sentencing process and impose sanctions taking into account the perspective of the aboriginal offender’s community. As was noted in *Gladue*, it is

fait que l’examen prévu par cette disposition soit requis «plus particulièrement en ce qui concerne les délinquants autochtones» reconnaît que, dans la plupart des conceptions autochtones traditionnelles en matière de détermination de la peine, la justice corrective est considérée comme l’objectif primordial. En outre, l’al. 718.2e) poursuit un objectif réparateur particulier en ce qui concerne les peuples autochtones, en ce qu’il vise à régler le grave problème de l’incarcération excessive des délinquants autochtones dans les établissements correctionnels canadiens. Il est raisonnable de supposer qu’en prévoyant, à l’al. 718.2e), la possibilité de traiter différemment les délinquants autochtones dans le cadre de la détermination de la peine, le législateur cherchait à régler ce problème social, dans la mesure où il était possible de le faire par le processus de détermination de la peine.

Afin de fournir aux juges qui déterminent les peines des indications sur la manière de donner effet à l’objectif réparateur de l’al. 718.2e), un cadre d’analyse a été énoncé à leur intention dans les motifs exposés dans l’arrêt *Gladue*. Dans l’examen des circonstances dans lesquelles se trouve un délinquant autochtone, le juge qui détermine la peine doit, à tout le moins, tenir compte à la fois des facteurs systémiques ou historiques distinctifs qui peuvent être considérés comme des circonstances atténuantes parce qu’ils peuvent avoir contribué à la conduite du délinquant autochtone, et des diverses procédures de détermination de la peine et sanctions qui, dans les circonstances, peuvent être appropriées à l’égard du délinquant en raison de son héritage ou de ses attaches autochtones (*Gladue*, au par. 66). Compte tenu, en particulier, du fait que la plupart des approches autochtones traditionnelles en matière de détermination de la peine mettent principalement l’accent sur l’objectif de justice corrective, la possibilité d’infliger des sanctions communautaires doit être envisagée.

Dans la recherche de la peine appropriée, le rôle du juge qui prononce la peine consiste donc à mener le processus de détermination de la peine et à infliger des sanctions d’une manière qui prenne en compte le point de vue de la collectivité du

often the case that imposing a custodial sentence on an aboriginal offender does not advance the remedial purpose of s. 718.2(e), neither for the offender nor for his community. This is particularly true for less serious or non-violent offences, where the goal of restorative justice will no doubt be given greater weight than principles of denunciation or deterrence.

40 However, the scope of s. 718.2(e), as it applies to all offenders, restricts the adoption of alternatives to incarceration to those sanctions that are “reasonable in the circumstances”. Again, as was expressly stated in *Gladue*, the Court in no way intended to suggest that as a general rule, the greatest weight is to be given to principles of restorative justice, and less weight accorded to goals such as denunciation and deterrence. Indeed, such a general rule would contradict the individual or case-by-case nature of the sentencing process, which proceeds on the basis of inquiring whether, given the particular facts of the offence, the offender, the victim and the community, the sentence is fit in the circumstances.

41 I should take this opportunity to stress that the guidelines as set out in *Gladue*, and reiterated in the present appeal, are not intended to provide a single test for a sentencing judge to apply in determining a reasonable sentence in the circumstances. Section 718.2(e) imposes an affirmative duty on the sentencing judge to take into account the surrounding circumstances of the offender, including the nature of the offence, the victims and the community.

42 Notwithstanding what may well be different approaches to sentencing as between aboriginal and non-aboriginal conceptions of sentencing, it is reasonable to assume that for some aboriginal offenders, and depending upon the nature of the offence, the goals of denunciation and deterrence are fundamentally relevant to the offender’s community. As held in *Gladue*, at para. 79, to the extent that generalizations may be made, the more

délinquant autochtone. Comme il a été souligné dans *Gladue*, il arrive souvent que le fait d’infliger une peine d’emprisonnement à un délinquant autochtone ne favorise pas l’objectif réparateur de l’al. 718.2e), pas plus pour le délinquant que pour sa collectivité. Cette constatation se vérifie de façon particulière dans les affaires mettant en cause des infractions moins graves ou sans violence, où il est indubitable que l’objectif de justice corrective se verra accorder plus d’importance que les principes de dénonciation ou de dissuasion.

Cependant, l’al. 718.2e) s’applique à tous les délinquants et ne permet de recourir aux sanctions de rechange à l’incarcération que lorsque ces sanctions sont «justifiées dans les circonstances». Encore une fois, comme il a été dit expressément dans *Gladue*, la Cour n’entendait aucunement affirmer que, en règle générale, il faut accorder plus de poids aux principes de justice corrective qu’aux objectifs tels que la dénonciation et la dissuasion. De fait, une telle règle générale serait contraire à la nature individualisée (c’est-à-dire au cas par cas) du processus de détermination de la peine, dans lequel le tribunal se demande si la peine est appropriée dans les circonstances, eu égard aux faits particuliers de l’infraction et à la situation du délinquant, de la victime et de la collectivité.

Je tiens à profiter de l’occasion pour souligner que les lignes directrices énoncées dans *Gladue*, et réitérées dans le présent pourvoi, ne se veulent pas un critère unique, que doit appliquer le tribunal lorsqu’il détermine la peine justifiée dans les circonstances. L’alinéa 718.2e) impose au tribunal l’obligation positive de prendre en compte les circonstances pertinentes de la situation du délinquant, y compris la nature de l’infraction, les victimes et la collectivité.

Malgré l’existence, en matière de détermination de la peine, de conceptions qui peuvent fort bien différer chez les Autochtones et les non-autochtones, il est raisonnable de présumer que pour certains délinquants autochtones, et selon la nature de l’infraction, les objectifs de dénonciation et de dissuasion sont fondamentalement pertinents pour la collectivité du délinquant. Comme il a été jugé dans *Gladue*, au par. 79, pour autant qu’il soit

violent and serious the offence, the more likely as a practical matter that the appropriate sentence will not differ as between aboriginal and non-aboriginal offenders, given that in these circumstances, the goals of denunciation and deterrence are accorded increasing significance.

E. *Whether the Imposition of a Conditional Sentence Is Reasonable in the Circumstances of This Case*

(1) Significance of the Goal of Restorative Justice in Sentencing Aboriginal Offenders Convicted of Serious Crimes

The appellant submits that in according greater weight to the goals of denunciation and deterrence based on the nature of his offence, the sentencing judge did not take into account, as required by s. 718.2(e), the paramount significance of restorative justice within aboriginal communities. The appellant also submits that on the same basis, the Court of Appeal was in error when it held that it would be unreasonable to conclude that a fit sentence for a non-aboriginal offender would not also be a fit sentence for an aboriginal offender. It is important to note, however, that consistent with the reasoning in *Gladue*, *supra*, the Court of Appeal was referring to “serious crimes”, rather than offences in general, as follows (at p. 140):

For serious crimes, it would not be reasonable to conclude that a fit sentence for a non-aboriginal person would not also be fit for an aboriginal person, and this point was made by Esson, J.A. speaking for the majority in the British Columbia Court of Appeal decision of *R. v. Gladue* (1997), 119 C.C.C. (3d) 481 at p. 506, who stated, “To put it another way, the particular circumstances could not reasonably support a conclusion that the sentence, if a fit one for a non-aboriginal person, would not also be fit for an aboriginal person”. [Emphasis added.]

Let me emphasize that s. 718.2(e) requires a different methodology for assessing a fit sentence for an aboriginal offender; it does not mandate, neces-

possible de généraliser, plus violente et grave sera l’infraction, plus grande sera la probabilité que la peine appropriée ne différera pas en pratique entre les délinquants autochtones et les délinquants non-autochtones, étant donné que, dans de telles circonstances, les objectifs de dénonciation et de dissuasion se voient accorder une importance plus grande.

E. *L’octroi du sursis à l’emprisonnement est-il une sanction justifiée dans les circonstances de la présente affaire?*

(1) L’importance de l’objectif de justice corrective dans la détermination de la peine des délinquants autochtones déclarés coupables de crimes graves

L’appelant soutient que, en accordant plus de poids aux objectifs de dénonciation et de dissuasion en raison de la nature de l’infraction en cause, le juge qui a déterminé la peine n’a pas, comme l’exige l’al. 718.2e), tenu compte de l’importance primordiale de la justice corrective dans les communautés autochtones. Il prétend également, pour le même motif, que la Cour d’appel a fait erreur en jugeant qu’il serait déraisonnable de conclure qu’une peine appropriée pour un délinquant non-autochtone ne le serait pas également pour un délinquant autochtone. Il importe toutefois de souligner que, conformément au raisonnement suivi dans *Gladue*, précité, la Cour d’appel visait les «crimes graves», plutôt que les infractions en général, lorsqu’elle a dit ce qui suit (à la p. 140):

[TRADUCTION] Pour les crimes graves, il ne serait pas raisonnable de conclure qu’une peine appropriée pour un non-autochtone ne le serait pas également pour un Autochtone, et ce point a été souligné par le juge Esson, qui s’exprimait alors pour les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Gladue* (1997), 119 C.C.C. (3d) 481, à la p. 506, lorsqu’il a affirmé: «Autrement dit, les circonstances particulières ne pouvaient pas raisonnablement appuyer la conclusion que si la peine était appropriée pour un non-autochtone, elle ne le serait pas également pour un Autochtone». [Je souligne.]

Je dois souligner que, quoique l’al. 718.2e) demande l’application d’une methodologie différente pour la détermination de la peine appropriée

sarily, a different result. Section 718.2(e) does not alter the fundamental duty of the sentencing judge to impose a sentence that is fit for the offence and the offender. Furthermore, in *Gladue*, as mentioned the Court stressed that the application of s. 718.2(e) does not mean that aboriginal offenders must always be sentenced in a manner which gives greatest weight to the principles of restorative justice and less weight to goals such as deterrence, denunciation, and separation (at para. 78). As a result, it will generally be the case, as a practical matter, that particularly violent and serious offences will result in imprisonment for aboriginal offenders as often as for non-aboriginal offenders (*Gladue*, at para. 33). Accordingly, I conclude that it was open to the trial judge to give primacy to the principles of denunciation and deterrence in this case on the basis that the crime involved was a serious one.

dans le cas des délinquants autochtones, il ne commande pas nécessairement un résultat différent. L'alinéa 718.2e) ne modifie pas l'obligation fondamentale du juge, qui est d'infliger une peine appropriée pour l'infraction et le délinquant. En outre, comme il a été mentionné plus tôt, notre Cour a souligné dans *Gladue* que l'application de l'al. 718.2e) ne signifie pas que la peine infligée à un délinquant autochtone doit toujours être déterminée d'une manière qui accorde plus de poids aux principes de justice corrective qu'aux objectifs tels que la dissuasion, la dénonciation et l'isolement (au par. 78). Par conséquent, il arrivera généralement, en pratique, que les infractions particulièrement graves et violentes entraîneront l'emprisonnement aussi souvent pour les délinquants autochtones que pour les délinquants non-autochtones (*Gladue*, au par. 33). Par conséquent, j'estime que, en l'espèce, il était loisible au juge du procès de donner préséance aux principes de dénonciation et de dissuasion en raison de la gravité du crime reproché.

45

Whether a crime is indeed serious in the given circumstances is, in my opinion, a factual matter that can only be determined on a case-by-case basis. I am not suggesting that there are categories of offences which presumptively exclude the possibility of a non-custodial sentence. Indeed, Lamer C.J. specifically rejected such an approach in relation to the conditional sentencing regime (*Proulx*, *supra*, at para. 79). More generally, Sopinka J., in *McDonnell*, *supra*, at paras. 32-33, rejected a category-based approach to sentencing for the following reasons:

In any event, in my view it can never be an error in principle in itself to fail to place a particular offence within a judicially created category of assault for the purposes of sentencing. There are two main reasons for this conclusion. First, *Shropshire* and *M. (C.A.)*, two recent and unanimous decisions of this Court, clearly indicate that deference should be shown to a lower court's sentencing decision. If an appellate court could simply create reviewable principles by creating categories of offences, deference is diminished in a manner that is inconsistent with *Shropshire* and *M. (C.A.)*. In

La question de savoir si, dans des circonstances données, le crime en cause est vraiment grave est, à mon avis, une question de fait qui ne peut être tranchée qu'au cas par cas. Je ne suggère pas par là qu'il y a des catégories d'infractions qui écartent présomptivement la possibilité d'une peine ne comportant pas d'emprisonnement. De fait, le juge en chef Lamer a expressément rejeté une telle approche dans le cas du régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement (*Proulx*, précité, au par. 79). De façon plus générale, dans l'arrêt *McDonnell*, précité, aux par. 32 et 33, le juge Sopinka a rejeté le recours à une méthode de détermination de la peine fondée sur des catégories pour les motifs suivants:

De toute façon, j'estime que l'omission de situer une infraction particulière dans une catégorie d'agressions créée par les tribunaux, aux fins de la détermination de la peine, ne constitue jamais une erreur de principe en soi. Il y a deux raisons principales de tirer cette conclusion. Premièrement, deux arrêts unanimes récents de notre Cour, à savoir *Shropshire* et *M. (C.A.)*, indiquent clairement qu'il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de la décision qu'un tribunal d'instance inférieure a rendue en matière de peine. Si une cour d'appel pouvait simplement établir des principes susceptibles de

order to circumvent deference and to enable appellate review of a particular sentence, a court may simply create a category of offence and a “starting point” for that offence, and treat as an error in principle any deviation in sentencing from the category so created. . . . If the categories are defined narrowly, and deviations from the categorization are generally reversed, the discretion that should be left in the hands of the trial and sentencing judges is shifted considerably to the appellate courts.

Second, there is no legal basis for the judicial creation of a category of offence within a statutory offence for the purposes of sentencing. As has been true since *Frey v. Fedoruk*, [1950] S.C.R. 517, it is not for judges to create criminal offences, but rather for the legislature to enact such offences.

Furthermore, Lamer C.J. reasoned that a categorical approach represents only a partial, and therefore unbalanced, application of the fundamental sentencing principle of proportionality contained in s. 718.1 (*Proulx, supra*, at para. 83). Moreover, s. 718.1 provides that “[a] sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender” (emphasis added). Thus, in assessing the seriousness of a crime we are directed to consider the gravity of the offence and the offender’s degree of responsibility.

In this case, the trial judge did refer to “guideline cases binding on this court”, an apparent reference to case law which outlined “starting point” guidelines for establishing sentences for serious sexual assaults. The reference to a “starting point” does not, however, establish that the judge failed to consider the seriousness of the offence and the offender’s degree of responsibility on the facts of the case. Independent of this reference it is clear that the trial judge determined that this was a serious crime, taking into account the gravity of the

révision en créant des catégories d’infractions, la retenue judiciaire serait diminuée d’une manière non conforme aux arrêts *Shropshire* et *M. (C.A.)*. Pour contourner la retenue et permettre le contrôle en appel d’une peine particulière, un tribunal peut simplement créer une catégorie d’infractions et un «point de départ» pour ces infractions, et considérer comme une erreur de principe toute dérogation à la catégorie ainsi créée, commise en déterminant la peine. [. . .] Si les catégories sont définies de façon stricte et que les dérogations à cette catégorisation sont généralement infirmées, le pouvoir discrétionnaire qui devrait être laissé aux juges du procès et aux juges qui infligent les peines est donc largement transféré aux cours d’appel.

Deuxièmement, rien ne justifie, en droit, la création par les tribunaux, aux fins de déterminer la peine, d’une catégorie d’infractions dans le cadre d’une infraction prévue par la loi. Comme c’est le cas depuis l’arrêt *Frey c. Fedoruk*, [1950] R.C.S. 517, il appartient non pas aux juges de créer des infractions criminelles, mais plutôt au législateur d’édicter de telles infractions.

En outre, le juge en chef Lamer a raisonné qu’une approche par catégories ne constitue qu’une application partielle, et de ce fait non équilibrée, du principe de la proportionnalité, principe fondamental de la détermination de la peine prévu à l’art. 718.1 (*Proulx*, précité, au par. 83). Qui plus est, l’art. 718.1 précise que «[l]a peine est proportionnelle à la gravité de l’infraction et au degré de responsabilité du délinquant» (je souligne). Par conséquent, lorsque nous apprécions la gravité d’un crime, il nous faut prendre en compte la gravité de l’infraction et le degré de responsabilité du délinquant.

Dans la présente affaire, le juge du procès s’est effectivement référé à des [TRADUCTION] «arrêts indicatifs liant la cour», référence évidente aux décisions ayant élaboré des lignes directrices fixant des «points de départ» aux fins de détermination des peines à infliger en cas d’agressions sexuelles sérieuses. La mention d’un «point de départ» n’établit toutefois pas que le juge a omis de tenir compte de la gravité de l’infraction et du degré de responsabilité du délinquant à la lumière des faits de l’espèce. Indépendamment de cette mention, il est clair que le juge du procès a estimé qu’il s’agissait d’un crime grave, compte tenu de la gravité de l’infraction, de la présence ou non de facteurs

46

47

offence, the existence or absence of aggravating factors, and the lack of evidence of remorse:

The maximum term provided by the Criminal Code is 10 years imprisonment. The sexual assault occurred when the 18-year-old victim was either asleep or unconscious from the effects of alcohol. The medical evidence indicated vaginal abrasions but did not establish penetration or intercourse. It was, in my view, in any event, a major, or at the very best, a near major sexual assault, as those terms have been used in the guideline cases binding on this court. The paramount sentencing factors for these kinds of offences are deterrence and denunciation.

Mr. Wells here took complete advantage of an unconscious 18-year-old girl. His own admitted and voluntary intoxication is no excuse. He violated the victim's personal integrity in the basest of ways.

48

I cannot conclude that the trial judge misconstrued the seriousness of the crime. In addition, the judge's use of the words "near major" or "major" instead of "serious" does not constitute a reversible error. I find no error in principle, no overemphasis of the appropriate factors, nor a failure to consider a relevant factor, and, accordingly, defer to the trial judge's assessment of the particular circumstances of the offence and offender (*M. (C.A.)*, *supra*). Therefore, the trial judge made a reasonable determination as to the availability of a conditional sentence.

49

I would like to add at this point that the reasons in *Gladue*, *supra*, do not foreclose the possibility that, in the appropriate circumstances, a sentencing judge may accord the greatest weight to the concept of restorative justice, notwithstanding that an aboriginal offender has committed a serious crime. As was concluded in *Gladue*, at para. 81, the remedial purpose of s. 718.2(e) directs the sentencing judge not only to take into account the unique circumstances of aboriginal offenders, but also to

aggravants et de l'absence de preuve de manifestation de remords:

[TRADUCTION] La peine maximale prévue par le Code criminel est 10 ans d'emprisonnement. L'agression sexuelle a eu lieu lorsque la victime, âgée de 18 ans, était soit endormie soit inconsciente sous l'effet de l'alcool. La preuve médicale a révélé la présence d'éraflures au vagin, mais non qu'il y avait eu pénétration ou rapports sexuels. Quoi qu'il en soit, j'estime qu'il s'agit d'une agression sexuelle majeure ou, à tout le moins, presque majeure, au sens où ces termes ont été utilisés dans les arrêts indicatifs liant la cour. Les principaux facteurs de détermination de la peine applicables à l'égard de ce genre d'infractions sont la dissuasion et la dénonciation.

En l'espèce, M. Wells a abusé d'une fille de 18 ans qui avait perdu conscience. Le fait que, de son propre aveu, il était lui-même volontairement intoxiqué n'est pas une excuse. Il a violé l'intégrité personnelle de la victime de la manière la plus vile qui soit.

Je ne peux conclure que le juge du procès a mal apprécié la gravité du crime. En outre, le fait qu'il ait utilisé les termes «presque majeure» et «majeure» plutôt que le terme «grave» ne constitue pas une erreur justifiant l'annulation de sa décision. J'estime qu'il n'y a eu ni erreur de principe, ni insistance trop grande sur les facteurs appropriés, ni omission de prendre en considération un facteur pertinent, et, par conséquent, je m'en remets à l'appréciation qu'a faite le juge du procès des circonstances particulières se rapportant à l'infraction et au délinquant (*M. (C.A.)*, précité). Le juge du procès a donc rendu une décision raisonnable relativement à la question de savoir s'il s'agissait d'un cas donnant ouverture à l'emprisonnement avec sursis.

À ce stade-ci, j'aimerais ajouter que l'arrêt *Gladue*, précité, n'écarte pas la possibilité que, dans des circonstances appropriées, le juge qui détermine la peine puisse faire primer le concept de justice corrective, et ce malgré le fait que le délinquant autochtone ait commis un crime grave. Comme il a été jugé dans *Gladue*, au par. 81, conformément à l'objectif réparateur de l'al. 718.2e), le juge chargé de déterminer la peine doit non seulement tenir compte des circonstances particulières

appreciate relevant cultural differences in terms of the objectives of the sentencing process:

The analysis for sentencing aboriginal offenders, as for all offenders, must be holistic and designed to achieve a fit sentence in the circumstances. There is no single test that a judge can apply in order to determine the sentence. The sentencing judge is required to take into account all of the surrounding circumstances regarding the offence, the offender, the victims, and the community, including the unique circumstances of the offender as an aboriginal person. Sentencing must proceed with sensitivity to and understanding of the difficulties aboriginal people have faced with both the criminal justice system and society at large. When evaluating these circumstances in light of the aims and principles of sentencing as set out in Part XXIII of the *Criminal Code* and in the jurisprudence, the judge must strive to arrive at a sentence which is just and appropriate in the circumstances. By means of s. 718.2(e), sentencing judges have been provided with a degree of flexibility and discretion to consider in appropriate circumstances alternative sentences to incarceration which are appropriate for the aboriginal offender and community and yet comply with the mandated principles and purpose of sentencing. In this way, effect may be given to the aboriginal emphasis upon healing and restoration of both the victim and the offender.

The generalization drawn in *Gladue* to the effect that the more violent and serious the offence, the more likely as a practical matter for similar terms of imprisonment to be imposed on aboriginal and non-aboriginal offenders, was not meant to be a principle of universal application. In each case, the sentencing judge must look to the circumstances of the aboriginal offender. In some cases, it may be that these circumstances include evidence of the community's decision to address criminal activity associated with social problems, such as sexual assault, in a manner that emphasizes the goal of restorative justice, notwithstanding the serious nature of the offences in question.

dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones, mais également apprécier les différences culturelles pertinentes en fonction des objectifs du processus de détermination de la peine:

Dans la détermination de la peine à infliger à un délinquant autochtone, comme pour tout autre délinquant, l'analyse doit être holistique et viser à déterminer la peine indiquée dans les circonstances. Il n'existe pas de critère unique qui guidera le juge qui prononce la peine. Le juge est tenu de prendre en considération toutes les circonstances entourant l'infraction, le délinquant, les victimes et la communauté, y compris les circonstances particulières dans lesquelles se trouve le délinquant en tant qu'autochtone. La détermination de la peine exige la sensibilisation aux difficultés auxquelles les autochtones ont fait face dans le système de justice pénale et dans la société en général. Procédant à l'examen de ces circonstances au regard des buts et des principes de détermination de la peine énoncés à la partie XXIII du *Code criminel* et reconnus par la jurisprudence, le juge doit s'efforcer d'en arriver à une peine juste et appropriée dans les circonstances. Sous le régime de l'al. 718.2e), les juges ont la latitude et le pouvoir discrétionnaire voulus pour examiner, dans les circonstances qui s'y prêtent, les peines substitutives appropriées pour le délinquant autochtone et la communauté, tout en respectant l'objectif et les principes énoncés de détermination de la peine. De cette façon, il est possible de conserver l'accent que mettent les peuples autochtones sur la guérison et le rétablissement tant de la victime que du délinquant.

La généralisation faite dans *Gladue*, selon laquelle plus grave et violente sera l'infraction, plus grande sera la probabilité, d'un point de vue pratique, que des peines d'emprisonnement semblables soient infligées aux délinquants autochtones et non-autochtones, ne se voulait pas un principe d'application universelle. Dans chaque affaire, le juge qui détermine la peine doit examiner les circonstances dans lesquelles se trouve le délinquant autochtone. Dans certains cas, il est possible que, parmi ces circonstances, figure la preuve de la décision de la collectivité de s'attacher aux activités criminelles liées à des problèmes sociaux, l'agression sexuelle par exemple, en insistant sur les objectifs de justice corrective, malgré la gravité des infractions en cause.

51 As Lamer C.J. noted in *M. (C.A.)*, *supra*, at para. 92, sentencing requires an individualized focus, not only of the offender, but also of the victim and community as well:

It has been repeatedly stressed that there is no such thing as a uniform sentence for a particular crime. . . . Sentencing is an inherently individualized process, and the search for a single appropriate sentence for a similar offender and a similar crime will frequently be a fruitless exercise of academic abstraction. As well, sentences for a particular offence should be expected to vary to some degree across various communities and regions in this country, as the “just and appropriate” mix of accepted sentencing goals will depend on the needs and current conditions of and in the particular community where the crime occurred. [Emphasis added.]

52 In this respect, I note that the appellant introduced evidence of the availability of an aboriginal-specific alcohol and drug abuse treatment program. There was, however, an indication that this program would be inappropriate for the appellant as a sexual offender. In addition, there was no evidence of the existence of, or the appellant’s participation in, an anti-sexual-assault program.

(2) Extent of the Sentencing Judge’s Obligation to Inquire into the Circumstances of an Aboriginal Offender

53 As noted in *Gladue*, *supra*, at para. 83, it will be necessary in every case for the sentencing judge to take judicial notice of systemic or background factors that have contributed to the difficulties faced by aboriginal people in both the criminal justice system, and throughout society at large. In addition, the judge is obliged to inquire into the unique circumstances of aboriginal offenders.

Comme l’a souligné le juge en chef Lamer dans *M. (C.A.)*, précité, au par. 92, la détermination de la peine commande une appréciation individualisée non seulement de la situation du délinquant, mais également de celle de la victime et de la collectivité:

On a à maintes reprises souligné qu’il n’existe pas de peine uniforme pour un crime donné. [. . .] La détermination de la peine est un processus intrinsèquement individualisé, et la recherche d’une peine appropriée applicable à tous les délinquants similaires, pour des crimes similaires, sera souvent un exercice stérile et théorique. De même, il faut s’attendre que les peines infligées pour une infraction donnée varient jusqu’à un certain point dans les différentes communautés et régions du pays, car la combinaison «juste et appropriée» des divers objectifs reconnus de la détermination de la peine dépendra des besoins de la communauté où le crime est survenu et des conditions qui y règnent. [Je souligne.]

À cet égard, je souligne que l’appelant a présenté la preuve de la disponibilité de programmes de traitement pour abus d’alcool ou de drogue destinés spécifiquement aux Autochtones. Il y avait toutefois une indication que le programme pertinent n’était pas approprié pour l’appelant, puisque ce dernier était un délinquant sexuel. En outre, il n’y avait aucune preuve de l’existence d’un programme de traitement des délinquants sexuels ou de la participation de l’appelant à un tel programme.

(2) L’étendue de l’obligation du juge qui détermine la peine de s’enquérir des circonstances dans lesquelles se trouve un délinquant autochtone

Comme il a été souligné dans *Gladue*, précité, au par. 83, il est nécessaire, dans tous les cas, que le juge qui détermine la peine prenne connaissance d’office des facteurs systémiques ou historiques qui ont contribué aux difficultés auxquelles font face les Autochtones, tant au sein du système de justice pénale que dans la société en général. En outre, le juge est obligé de s’enquérir des circonstances particulières dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones.

At times, it may be necessary to introduce evidence of this nature. It is to be expected in our adversarial system of criminal law that counsel for both the prosecution and the accused will adduce this evidence, but even where counsel do not provide the necessary information, s. 718.2(e) places an affirmative obligation upon the sentencing judge to inquire into the relevant circumstances. In most cases, the requirement of special attention to the circumstances of aboriginal offenders can be satisfied by the information contained in pre-sentence reports. Where this information is insufficient, s. 718.2(e) authorizes the sentencing judge on his or her own initiative to request that witnesses be called to testify as to reasonable alternatives to a custodial sentence.

Having said that, it was never the Court's intention, in setting out the appropriate methodology for this assessment, to transform the role of the sentencing judge into that of a board of inquiry. It must be remembered that in the reasons in *Gladue*, this affirmative obligation to make inquiries beyond the information contained in the pre-sentence report was limited to "appropriate circumstances", and where such inquiries were "practicable" (para. 84). The application of s. 718.2(e) requires a practical inquiry, not an impractical one. As with any other factual finding made by a court of first instance, the sentencing judge's assessment of whether further inquiries are either appropriate or practicable is accorded deference at the appellate level.

VI. Conclusion and Disposition

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Il peut arriver, à l'occasion, qu'il soit nécessaire de présenter des éléments de preuve de cette nature. Dans notre système accusatoire de droit pénal, il est normal de s'attendre à ce que la poursuite et la défense présentent ces éléments de preuve, mais même lorsque les avocats ne fournissent pas les renseignements nécessaires, l'al. 718.2e) impose au juge qui détermine la peine l'obligation positive de s'enquérir des circonstances pertinentes. Dans la plupart des cas, l'obligation de porter une attention spéciale aux circonstances dans lesquelles se trouvent les délinquants autochtones peut être satisfaite au moyen des renseignements figurant dans les rapports présentenciels. Lorsque ces renseignements sont insuffisants, l'al. 718.2e) autorise le juge qui détermine la peine à demander, de son propre chef, que des témoins viennent déposer à l'égard de solutions de rechange à l'emprisonnement qui pourraient être justifiées.

Cela dit, lorsque notre Cour a établi la méthodologie appropriée pour cette appréciation, elle n'a jamais eu l'intention de transformer le rôle du juge qui détermine la peine pour lui confier celui d'une commission d'enquête. Il faut se rappeler que, dans *Gladue*, cette obligation positive de ne pas s'en tenir aux renseignements figurant dans le rapport présentenciel se limitait aux cas où «les circonstances s'y prêtent» et où de telles enquêtes sont «concrètement possible[s]» (par. 84). L'application de l'al. 718.2e) demande une enquête qui est concrètement possible, non pas une enquête qui soit irréalisable dans les faits. Comme pour toute autre conclusion de fait tirée par un tribunal de première instance, les juridictions d'appel font montre de retenue à l'égard de la décision du juge qui détermine la peine relativement à la question de savoir si des enquêtes supplémentaires sont opportunes ou faisables.

VI. La conclusion et le dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

54

55

56

Solicitor for the appellant: Marian E. Bryant, Calgary.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for Alberta, Calgary.

Solicitors for the intervener: Kent Roach and Kimberly R. Murray, Toronto.

Procureur de l'appelant: Marian E. Bryant, Calgary.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureurs de l'intervenant: Kent Roach et Kimberly R. Murray, Toronto.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Frederick Alexander Brooks *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BROOKS

Neutral citation: 2000 SCC 11.

File No.: 26948.

1999: October 8; 2000: February 17.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Charge to jury — Evidence of jailhouse informants — Failure to provide Vetrovec warning — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether Court of Appeal erred in concluding that trial judge failed to adequately instruct jury about unreliability with respect to informants' testimonies.

Criminal law — Evidence — Jailhouse informants — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether evidence supported implied finding at trial that informants were trustworthy.

Criminal law — Verdicts — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Omission of caution to jury about unreliability with respect to informants' testimonies — Whether verdict would have been the same if caution had been given — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

A 19-month-old child was found murdered in her crib wrapped in a green comforter. Only the accused and the child's mother had access to her on the night of the murder. The child had blood and vomit on her face, a swollen left eye, bruises on her head, and bruising and redness on her genital area. The cause of death was acute brain injury. Trace amounts of semen were found on

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Frederick Alexander Brooks *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. BROOKS

Référence neutre: 2000 CSC 11.

N° du greffe: 26948.

1999: 8 octobre; 2000: 17 février.

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

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

Droit criminel — Exposé au jury — Témoignage d'informateurs dans un établissement de détention — Omission de faire une mise en garde de type Vetrovec — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives suffisantes sur la non-fiabilité du témoignage des informateurs?

Droit criminel — Preuve — Informateurs dans un établissement de détention — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — La preuve étayait-elle la conclusion implicite au procès que les informateurs étaient dignes de foi?

Droit criminel — Verdicts — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Omission de mettre le jury en garde au sujet de la non-fiabilité du témoignage des informateurs — Le verdict aurait-il été le même si une mise en garde avait été faite? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Une enfant de 19 mois a été trouvée assassinée dans sa couchette; elle était enveloppée dans une douillette verte. Seuls l'accusé et la mère de l'enfant avaient accès auprès d'elle la nuit du meurtre. L'enfant avait du sang et de la vomissure au visage, l'œil gauche gonflé, des contusions à la tête ainsi que des contusions et des rougeurs aux organes génitaux. Le décès était dû à un

vaginal and anal swabs but DNA testing of sperm proved inconclusive, likely due to contamination of the sample. The Crown's expert could neither include nor exclude the accused as the possible source of the sperm. There had been intense sexual activity in the apartment in the period preceding the murder. Sperm, including sperm from the child's natural father, was found throughout the apartment including on a toy in the crib, on the child's pyjama top, on the crib sheets and in two places on the green comforter. However, the child had been bathed just before the night of the murder and this, combined with the bacterial environment of a child in diapers, would quickly degrade sperm. The accused's grey track pants were found in the apartment stained with semen, blood of the same type as the child's, and a juice substance similar to that in her bottle. On the way to the hospital the following morning, the accused whispered to the mother three times that he was sorry. The accused made other inculpatory statements.

There was no direct evidence establishing that the accused had struck the fatal blows. There was evidence of previous physical abuse committed against the child. One month prior to the murder, the accused had thrown the child approximately one metre into the wooden frame of a couch. An injury to the child's right buttock had appeared on a day on which the accused had exclusive care of the child. The mother had also been seen striking the child on several occasions.

The Crown led evidence from two jailhouse informants who testified that the accused, while incarcerated, had admitted that he had killed the child to stop her crying. Their testimony did not include a suggestion that the killing was committed during the commission of a sexual assault. Both informants had lengthy criminal records of dishonesty. One unsuccessfully sought a lighter sentence in return for his testimony and had testified as an informant in a prior trial. The other had a history of substance abuse and a psychiatric history highlighted by suicide attempts, paranoia, deep depression and a belief in clairvoyant ability. Both had histories of offering to testify in criminal trials.

traumatisme crânien aigu. Des quantités infimes de sperme ont été décelées dans des échantillons prélevés par écouvillonnage vaginal et anal, mais le test d'empreintes génétiques du sperme s'est révélé non concluant, vraisemblablement en raison de la contamination de l'échantillon prélevé. L'expert du ministère public ne pouvait pas dire si le sperme prélevé pouvait provenir ou non de l'accusé. L'appartement avait été le théâtre d'une activité sexuelle intense pendant la période ayant précédé le meurtre. Du sperme, y compris celui du père biologique de l'enfant, a été découvert un peu partout dans l'appartement, y compris sur un jouet qui se trouvait dans le lit de l'enfant, sur le collet de son haut de pyjama, sur les draps de son lit et à deux endroits sur la douillette verte. Toutefois, l'enfant avait été baignée juste avant la nuit du meurtre, et ce bain et les bactéries auxquelles est exposé un enfant qui porte la couche contribueraient à détériorer le sperme rapidement. Il y avait sur le pantalon de survêtement gris de l'accusé, trouvé dans l'appartement, du sperme et des taches de sang du même groupe sanguin que l'enfant, ainsi que du jus semblable à celui trouvé dans son biberon. Sur la route de l'hôpital le lendemain matin, l'accusé a chuchoté trois fois à l'oreille de la mère qu'il était désolé. L'accusé a fait d'autres déclarations incriminantes.

Il n'y avait aucune preuve directe que l'accusé avait asséné les coups fatals. Il était établi que l'enfant avait déjà subi des mauvais traitements physiques. Un mois avant le meurtre, l'accusé l'avait projetée sur une distance d'environ un mètre contre l'armature en bois d'un divan. Une blessure sur la fesse droite de l'enfant était apparue un jour où l'accusé s'occupait seul d'elle. On avait également vu la mère la frapper à plusieurs reprises.

Le ministère public a fait témoigner deux informateurs dans un établissement de détention qui ont affirmé que, pendant son incarcération, l'accusé avait avoué avoir tué l'enfant pour qu'elle cesse de pleurer. Rien dans leur témoignage n'indiquait que le meurtre était survenu pendant la perpétration d'une agression sexuelle. Les deux avaient de lourds antécédents judiciaires de malhonnêteté. L'un avait vainement tenté d'obtenir une peine moins lourde en échange de son témoignage et avait déposé à titre d'informateur dans un procès antérieur. L'autre était déjà connu pour avoir abusé de substances psychoactives et avait des antécédents psychiatriques marqués par des tentatives de suicide, une paranoïa, une dépression profonde et la conviction qu'il avait un don de clairvoyance. Les deux avaient déjà offert de témoigner dans des procès criminels.

In closing argument, defence counsel ridiculed both informants and invited the jury to reject their testimonies. Crown counsel's jury address noted their criminal records and that one had previously appeared as a Crown witness and had attempted to make a deal. The trial judge's jury charge did not provide a *Vetrovec* warning to the jury about the danger of relying on the informants' testimonies. Neither counsel requested a warning nor objected to the lack of a warning. The accused was convicted of first degree murder. The Court of Appeal set aside the conviction and ordered a new trial.

Held (Iacobucci, Major and Arbour JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ.: There was no error of law on the part of the trial judge in failing to provide a *Vetrovec* warning. It was within the discretion of the trial judge whether to give a warning and there was a foundation for his exercise of discretion.

Trial judges must not pigeon-hole witnesses into categories and should examine all factors that might impair the worth of a witness. No *Vetrovec* warning is necessary if the trial judge believes the witness can be trusted even if the witness is a jailhouse informant. The facts raised preliminary doubts as to the credibility of the informants but not cogent reasons to overrule the trial judge's implicit finding that they were sufficiently trustworthy not to mandate a caution. An informant's prior psychiatric history has no relevance and does not make the informant of unsavoury character. The informants' testimonies were supported by other evidence and no evidence was adduced that either had lied or acquired their information elsewhere. The verdict did not turn on their testimonies because other evidence sustained the conviction. Defence counsel neither requested a warning nor objected to the absence of a warning. Counsel's opinion is relevant where there may be tactical reasons for not requesting a warning. The trial judge directed the jury on credibility. The Court of Appeal had insufficient reason to interfere. A *Vetrovec* warning was not required.

Dans sa plaidoirie finale, l'avocat de la défense a ridiculisé les deux informateurs et a invité le jury à rejeter leur témoignage. Lorsqu'il s'est adressé au jury, l'avocat du ministère public a souligné qu'ils avaient un casier judiciaire et que l'un d'eux avait déjà été témoin à charge et avait tenté de conclure un marché. Dans son exposé au jury, le juge du procès n'a pas fait de mise en garde de type *Vetrovec* au sujet du danger de s'en remettre au témoignage des informateurs. Aucun des avocats n'a sollicité une mise en garde et aucun ne s'est opposé à l'absence de mise en garde. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. La Cour d'appel a annulé cette déclaration de culpabilité et ordonné un nouveau procès.

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

Les juges Gonthier, McLachlin et Bastarache: Le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en omettant de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Il avait le pouvoir discrétionnaire de faire ou de ne pas faire une mise en garde et il existait un motif justifiant la façon dont il a exercé ce pouvoir.

Le juge du procès doit, d'une part, s'abstenir de classer les témoins dans des catégories et, d'autre part, examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin. Aucune mise en garde de type *Vetrovec* n'est nécessaire si le juge du procès estime que le témoin est digne de foi, même si ce témoin est un informateur dans un établissement de détention. Les faits rendaient douteuse au départ la crédibilité des informateurs, mais il n'y avait aucune raison convaincante de rejeter la conclusion implicite du juge du procès qu'ils étaient suffisamment dignes de foi pour qu'il ne soit pas nécessaire de faire une mise en garde. Les antécédents psychiatriques d'un informateur ne sont pas pertinents et n'en font pas pour autant une personne à l'honnêteté douteuse. Le témoignage des informateurs était étayé par d'autres éléments de preuve et, en fait, on n'a produit aucune preuve qu'ils avaient soit menti, soit obtenu leurs renseignements ailleurs. Le verdict ne dépendait pas de leur témoignage étant donné que d'autres éléments de preuve étayaient la déclaration de culpabilité qui a été prononcée. L'avocat de la défense n'a sollicité aucune mise en garde et ne s'est pas opposé à l'absence d'une mise en garde. L'avis des avocats est pertinent lorsqu'il peut y avoir des raisons tactiques de ne pas solliciter une mise en garde. Le juge du procès a donné au jury des directives en matière de crédibilité. La Cour d'appel n'avait pas suffisamment de motifs d'intervenir. Une mise en garde de type *Vetrovec* ne s'imposait pas.

Per Binnie J.: The trial judge erred in law in failing to give a *Vetrovec* warning but the appeal should nevertheless be allowed because there is no reasonable possibility on the particular facts of this case that the verdict would have been different if the warning had been given.

The trigger for a *Vetrovec* warning is the extent to which underlying sources of potential unreliability are present. The testimony of the informants here exhibited some of the worst characteristics of purveyors of jailhouse confessions. It is not sufficient for the trial judge to conclude that in his view these particular informants were reasonably capable of belief. The trial judge must provide the proper framework within which the jury can determine for itself the issue of credibility. The testimony of these jailhouse informants was important to the Crown's case and justified an inference of untrustworthiness. This was sufficient to require a *Vetrovec* warning. The trial judge erred in law in the exercise of his discretion in deciding otherwise.

The accused was not entitled to a trial that excluded the evidence of the informants, only to having the testimony accompanied by a warning. Other direct evidence untainted by the error of law implicated the accused, including his other inculpatory statements, evidence of sexual assault and evidence of a prior pattern of violence. The jury accepted circumstantial evidence of sexual assault by the accused contemporaneously with the murder that was in no way dependent upon the informants' testimony. A *Vetrovec* warning would have been accompanied by a review of corroborative evidence unhelpful to the accused. In the circumstances, the verdict should be upheld under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*.

Per Iacobucci, Major and Arbour JJ. (dissenting): The trial judge ought to have given a *Vetrovec* warning. The charge was not adequate and it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same.

A *Vetrovec* warning is a matter of a trial judge's discretion and is not required in all cases of unsavoury witnesses. Trial judges should consider all factors but should focus on a witness's credibility and the importance of his or her testimony to the Crown's case. A failure to give a required caution is an error of law and the

Le juge Binnie: Le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de faire une mise en garde de type *Vetrovec*, mais il y a lieu néanmoins d'accueillir le pourvoi parce que, d'après les faits de la présente affaire, il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si la mise en garde avait été faite.

La nécessité d'une mise en garde de type *Vetrovec* découle de la mesure dans laquelle des motifs de non-fiabilité potentielle existent. Le témoignage des informateurs en l'espèce présentait certaines des pires caractéristiques des gens qui rapportent les aveux d'un codétenu. Il ne suffit pas que le juge du procès conclue qu'à son avis ces informateurs particuliers étaient raisonnablement dignes de foi. Le juge du procès doit établir le cadre approprié à l'intérieur duquel le jury pourra lui-même décider de la question de la crédibilité. Le témoignage de ces informateurs dans un établissement de détention était important pour la preuve du ministère public et justifiait une inférence de non-fiabilité. Cela était suffisant pour requérir une mise en garde de type *Vetrovec*. Le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de façon erronée en droit en décidant de ne pas faire cette mise en garde.

L'accusé avait droit non pas à un procès dépourvu du témoignage des informateurs, mais seulement à ce que leur témoignage soit assorti d'une mise en garde. D'autres éléments de preuve directe non viciés par l'erreur de droit commise impliquaient l'accusé, dont ses autres déclarations incriminantes, la preuve d'une agression sexuelle et celle d'un comportement antérieur violent. Le jury a retenu la preuve circonstancielle d'une agression sexuelle par l'accusé au moment du meurtre, qui n'avait absolument rien à voir avec le témoignage des informateurs. Une mise en garde de type *Vetrovec* aurait été assortie de l'examen d'une preuve corroborante qui n'aurait pas aidé l'accusé. Dans les circonstances, il y a lieu de confirmer le verdict en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*.

Les juges Iacobucci, Major et Arbour (dissidents): Le juge du procès aurait dû faire une mise en garde de type *Vetrovec*. L'exposé qu'il a fait n'était pas suffisant et on ne peut pas dire que le verdict aurait nécessairement été le même.

La mise en garde de type *Vetrovec* relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n'est pas requise dans tous les cas de témoins douteux. Bien qu'il doive tenir compte de tous les facteurs, le juge du procès devrait se concentrer sur la crédibilité d'un témoin et sur l'importance de sa déposition pour la preuve du minis-

prejudice occasioned by the error can be assessed under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The credibility of the informants was inherently suspect and their testimonies of sufficient importance to require a *Vetrovec* warning. The jury charge, however, did not contain the essential values of a *Vetrovec* warning. It did not focus the jury's attention specifically on the inherent unreliability of these informants. Defence counsel's summation to the jury was not a substitute. The absence of a request from defence counsel for a caution is not determinative. There is a serious question of whether a sexual assault occurred. The conviction for first degree murder cannot be sustained if there was no sexual assault. Other evidence had the potential to raise a reasonable doubt. It is difficult to preclude a different result.

Cases Cited

By Bastarache J.

Followed: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; **referred to:** *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *R. v. Cain* (1996), 90 O.A.C. 156; *R. v. Glasgow* (1996), 110 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Gravino*, [1995] O.J. No. 3109 (QL).

By Binnie J.

Followed: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; **referred to:** *R. v. Frumusa* (1996), 112 C.C.C. (3d) 211; *R. v. Simmons* (1998), 105 O.A.C. 360; *R. v. Bevan* (1991), 63 C.C.C. (3d) 333, rev'd [1993] 2 S.C.R. 599; *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233; *R. v. Houghton*, [1994] 3 S.C.R. 516; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Sanderson* (1999), 134 Man. R. (2d) 191; *R. v. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301.

By Major J. (dissenting)

Vetrovec v. The Queen, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599; *Brown v. Crashaw* (1613), 2 Bulstr. 154, 80 E.R. 1028; *R. v. Rudd* (1775), 1 Cowp. 331, 98 E.R. 1114; *R. v. Jones* (1809), 2 Camp. 131, 170 E.R. 1105; *R. v. Barnard* (1823), 1 Car. & P. 87, 171 E.R. 1113; *R. v. Wilkes* (1836), 7 Car. & P. 272, 173 E.R. 120; *R. v. Tate*, [1908] 2 K.B. 680; *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Veuillette v. The King* (1919), 58 S.C.R. 414; *Manchuk v. The King*, [1938]

tère public. L'omission de faire une mise en garde qui s'impose est une erreur de droit et le préjudice causé par cette erreur peut être évalué en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. La crédibilité des informateurs en cause était intrinsèquement douteuse et leur témoignage était suffisamment important pour requérir une mise en garde de type *Vetrovec*. Cependant, l'exposé au jury n'incluait pas les éléments essentiels d'une mise en garde de type *Vetrovec*. On n'y a pas attiré l'attention du jury expressément sur la non-fiabilité inhérente des informateurs en question. L'exposé de l'avocat de la défense au jury n'a pas remplacé une telle mise en garde. Le fait que l'avocat de la défense n'a pas sollicité une mise en garde n'est pas déterminant. Il y a de sérieux doutes quant à savoir si une agression sexuelle a été commise. La déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré ne saurait être maintenue en l'absence d'une agression sexuelle. D'autres éléments de preuve étaient susceptibles de susciter un doute raisonnable. Il est difficile d'écarter la possibilité d'un résultat différent.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêt suivi: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; **arrêts mentionnés:** *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *R. c. Cain* (1996), 90 O.A.C. 156; *R. c. Glasgow* (1996), 110 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Gravino*, [1995] O.J. No. 3109 (QL).

Citée par le juge Binnie

Arrêt suivi: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; **arrêts mentionnés:** *R. c. Frumusa* (1996), 112 C.C.C. (3d) 211; *R. c. Simmons* (1998), 105 O.A.C. 360; *R. c. Bevan* (1991), 63 C.C.C. (3d) 333, inf. [1993] 2 R.C.S. 599; *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233; *R. c. Houghton*, [1994] 3 R.C.S. 516; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Sanderson* (1999), 134 Man. R. (2d) 191; *R. c. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301.

Citée par le juge Major (dissident)

Vetrovec c. La Reine, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599; *Brown c. Crashaw* (1613), 2 Bulstr. 154, 80 E.R. 1028; *R. c. Rudd* (1775), 1 Cowp. 331, 98 E.R. 1114; *R. c. Jones* (1809), 2 Camp. 131, 170 E.R. 1105; *R. c. Barnard* (1823), 1 Car. & P. 87, 171 E.R. 1113; *R. c. Wilkes* (1836), 7 Car. & P. 272, 173 E.R. 120; *R. c. Tate*, [1908] 2 K.B. 680; *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658; *Veuillette c. The King* (1919), 58 R.C.S. 414; *Manchuk c. The King*, [1938]

S.C.R. 341; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *Brown v. The Queen*, [1962] S.C.R. 371; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Vézéau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44; *R. v. Pittman*, [1994] 1 S.C.R. 148.

Statutes and Regulations Cited

Act for improving the Law of Evidence (U.K.), 6 & 7 Vict., c. 85.
Canada Evidence Act, 1893, S.C. 1893, c. 31.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(l)(b)(iii) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 5. London: Hunt & Clarke, 1827.
 Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (Kaufman Report). Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998.
Report of the 1989-1990 Los Angeles Grand Jury: Investigation of the Involvement of Jail House Informants in the Criminal Justice System in Los Angeles County, June 26, 1990.
 Rosenberg Marc. "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term" (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421.
 Sherrin, Christopher. "Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use" (1998), 40 *C.L.Q.* 106.
 Sherrin, Christopher. "Jailhouse Informants in the Canadian Criminal Justice System, Part II: Options for Reform" (1998), 40 *C.L.Q.* 157.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. I, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 661, 113 O.A.C. 201, 129 C.C.C. (3d) 227, 20 C.R. (5th) 116, [1998] O.J. No. 3913 (QL), allowing an appeal from conviction and ordering a new trial. Appeal

R.C.S. 341; *Hebert c. The Queen*, [1955] R.C.S. 120; *Brown c. The Queen*, [1962] R.C.S. 371; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Vézéau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Hayes*, [1989] 1 R.C.S. 44; *R. c. Pittman*, [1994] 1 R.C.S. 148.

Lois et règlements cités

Act for improving the Law of Evidence (R.-U.), 6 & 7 Vict., ch. 85.
Acte de la preuve en Canada, 1893, S.C. 1893, ch. 31.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(l)(b)(iii) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 5. London: Hunt & Clarke, 1827.
 Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (rapport Kaufman). Toronto: Ministère du Procureur général de l'Ontario, 1998.
Report of the 1989-1990 Los Angeles Grand Jury: Investigation of the Involvement of Jail House Informants in the Criminal Justice System in Los Angeles County, June 26, 1990.
 Rosenberg, Marc. «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term» (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421.
 Sherrin, Christopher. «Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use» (1998), 40 *C.L.Q.* 106.
 Sherrin, Christopher. «Jailhouse Informants in the Canadian Criminal Justice System, Part II: Options for Reform» (1998), 40 *C.L.Q.* 157.
 Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. I, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 661, 113 O.A.C. 201, 129 C.C.C. (3d) 227, 20 C.R. (5th) 116, [1998] O.J. No. 3913 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté contre une déclaration de culpabilité et

allowed, Iacobucci, Major and Arbour JJ. dissenting.

Lucy Cecchetto, for the appellant.

Irwin Koziembrocki, for the respondent.

The reasons of Gonthier, McLachlin and Bastarache JJ. were delivered by

BASTARACHE J. — I have read the reasons of my colleague Justice Major. I agree with him that failure to give a *Vetrovec* warning when required amounts to an error of law (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811). I am, however, of the view that this appeal should be allowed and the conviction restored, there being no error of law on the part of the trial judge in failing to provide a “clear and sharp” *Vetrovec* warning in the circumstances of this case. Rather, it is my opinion that the decision not to give a *Vetrovec* warning was within the discretion of the trial judge and that the exercise of this discretion should not have been interfered with on appeal. I have reached this conclusion for the reasons I set out below.

In *Vetrovec*, Dickson J. (as he then was) held that a trial judge has the discretion, and not the duty, to give a clear and sharp warning to the jury with respect to the testimony of certain “unsavoury” witnesses. Dickson J. followed what he referred to as the “common sense” approach, moving away from “blind and empty formalism” and “ritualistic incantations” (at p. 823):

Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then, regardless of whether the witness is technically an “accomplice” no warning is necessary. [Emphasis added.]

ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci, Major et Arbour sont dissidents.

Lucy Cecchetto, pour l'appelante.

Irwin Koziembrocki, pour l'intimé.

Version française des motifs des juges Gonthier, McLachlin et Bastarache rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Major et je conviens avec lui que l'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* qui s'impose constitue une erreur de droit (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811). Toutefois, j'estime qu'il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité, étant donné que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en omettant de faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* dans les circonstances de la présente affaire. Je suis plutôt d'avis que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de décider de ne pas faire de mise en garde de type *Vetrovec* et que l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire n'aurait pas dû faire l'objet d'une intervention en appel. J'arrive à cette conclusion pour les motifs exposés plus bas.

Dans l'arrêt *Vetrovec*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire, et non le devoir, de faire une mise en garde claire et précise au jury relativement à la déposition de certains témoins «douteux». Le juge Dickson s'est éloigné du «formalisme aveugle et vide de sens» et des «incantations rituelles» pour adopter ce qu'il appelait la solution de «bon sens» (à la p. 823):

Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un «complice» ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire. [Je souligne.]

3 Therefore, this Court in *Vetrovec* deliberately chose not to formulate a fixed and invariable rule where “clear and sharp” warnings would be required as a matter of course regarding the testimony of certain categories of witnesses. Rather, where a witness occupies a central position in the determination of guilt and, yet, may be suspect because of a disreputable or untrustworthy character, a clear and sharp warning may be appropriate to alert the jury to the risks of adopting the evidence “without more”. It is therefore within the trial judge’s discretion to give a *Vetrovec* caution. This discretionary approach was confirmed by this Court in *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 557, wherein Wilson J. states:

Vetrovec, in my view, represents a rejection of formalistic and *a priori* categories concerning the trustworthiness of evidence both with regard to warnings and corroboration. In every case it is for the trial judge on the basis of his or her appreciation of all the circumstances and, may I add, on the basis of the application of sound common sense, to decide whether a warning is required. [Emphasis added.]

4 In exercising his or her discretion to warn the jury regarding certain evidence, the trial judge may consider, *inter alia*, the credibility of the witness and the importance of the evidence to the Crown’s case. These factors affect whether the *Vetrovec* warning is required. In other words, the greater the concern over the credibility of the witness and the more important the evidence, the more likely the *Vetrovec* caution will be mandatory. Where the evidence of so called “unsavoury witnesses” represents the whole of the evidence against the accused, a “clear and sharp” *Vetrovec* warning may be warranted. Where, however, there is strong evidence to support the conviction in the absence of the potentially “unsavoury” evidence, and less reason to doubt the witness’s credibility, the *Vetrovec* warning would not be required, and a lesser instruction would be justified. The trial judge’s instruction with respect to the evidence of jail-house informants must therefore be commensurate with the particular circumstances of the case. For

En conséquence, notre Cour a délibérément choisi, dans l’arrêt *Vetrovec*, de ne pas établir de règle fixe et immuable selon laquelle la déposition de certaines catégories de témoins requiert automatiquement une mise en garde «claire et précise». Au contraire, lorsqu’un témoin joue un rôle central dans la détermination de la culpabilité et qu’il est néanmoins susceptible d’éveiller des soupçons à cause de sa mauvaise réputation ou du fait qu’il n’est pas digne de foi, une mise en garde claire et précise peut se révéler appropriée pour sensibiliser le jury aux risques de se fier à sa déposition «sans plus». Le juge du procès a donc le pouvoir discrétionnaire de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Cette approche discrétionnaire a été confirmée par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, où le juge Wilson affirme, à la p. 557:

À mon avis, l’arrêt *Vetrovec* rejette les catégories formalistes et définies d’avance en matière de fiabilité des témoignages tant à l’égard des mises en garde que de la corroboration. Dans chaque cas, il appartient au juge du procès, selon son appréciation de toutes les circonstances et, si je puis ajouter, le sens commun, de décider si une mise en garde est nécessaire. [Je souligne.]

Lorsqu’il exerce son pouvoir discrétionnaire de mettre le jury en garde au sujet de certaines dépositions, le juge du procès peut tenir compte notamment de la crédibilité du témoin et de l’importance que sa déposition revêt pour la preuve du ministère public. Ces facteurs ont une incidence sur la question de savoir si la mise en garde de type *Vetrovec* s’impose. En d’autres termes, plus la crédibilité du témoin est douteuse et plus sa déposition est importante, plus grande est la possibilité que la mise en garde de type *Vetrovec* s’impose. Dans les cas où la déposition des prétendus «témoins douteux» représente l’ensemble de la preuve qui pèse contre l’accusé, une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* peut être justifiée. Cependant, dans les cas où, abstraction faite de la déposition potentiellement «douteuse», de solides éléments de preuve étayent la déclaration de culpabilité et où il y a moins de raisons de douter de la crédibilité du témoin, il n’est pas nécessaire de faire une mise en garde de type *Vetrovec* et des

example, the trial judge is not required to give a “clear and sharp” warning on the dangers of convicting on the impugned evidence where, in the circumstances, the trial judge believes that there is no such danger. Similarly, the trial judge may properly decline to give a warning if the warning may prejudice the accused’s case rather than assist it. Provided there is a foundation for the trial judge’s exercise of discretion, appellate courts should not interfere. Here that foundation is established having regard to the credibility of the witnesses, the importance of their evidence and the failure to request a warning.

Credibility of the Witnesses

In assessing the credibility of a witness to determine whether to give a *Vetrovec* warning, trial judges must avoid pigeon-holing witnesses into particular categories such as “jailhouse informants”. Rather, the trial judge should “direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness” (*Vetrovec*, at p. 823). If the trial judge believes the witness can be trusted, then, regardless of whether he or she is an accomplice or a jailhouse informant, no *Vetrovec* warning is necessary.

Appellate courts should show great deference to the findings of credibility made at trial and the importance of taking into consideration the special position of the trier of fact in judging credibility and of having the advantage, denied to the appellate court, of directly observing the testimonies of the witnesses (*R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 131).

directives moins importantes sont justifiées. Les directives du juge du procès en ce qui concerne le témoignage d’informateurs dans un établissement de détention doivent donc être à la mesure des circonstances particulières de l’affaire. Par exemple, le juge du procès n’est pas tenu de faire une mise en garde «claire et précise» sur le danger de prononcer une déclaration de culpabilité sur la base du témoignage contesté lorsque, dans les circonstances, il estime qu’un tel danger n’existe pas. De même, le juge du procès peut refuser à juste titre de faire une mise en garde si cette mise en garde est susceptible de nuire à l’accusé au lieu de l’aider. Les cours d’appel devraient s’abstenir d’intervenir s’il existe un motif justifiant l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. En l’espèce, l’existence de ce motif est établie eu égard à la crédibilité des témoins, à l’importance de leur déposition et à l’omission de solliciter une mise en garde.

La crédibilité des témoins

Lorsqu’il apprécie la crédibilité d’un témoin pour décider s’il y a lieu de faire une mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès doit éviter de classer le témoin dans une catégorie particulière comme celle des «informateurs dans un établissement de détention». Le juge du procès doit plutôt «s’attacher aux faits de la cause et [. . .] examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d’un témoin en particulier» (*Vetrovec*, à la p. 823). Si le juge du procès estime que le témoin est digne de foi, aucune mise en garde de type *Vetrovec* n’est alors nécessaire, peu importe que ce témoin soit un complice ou un informateur dans un établissement de détention.

Les cours d’appel devraient faire preuve d’un grand respect envers les conclusions tirées au procès quant à la crédibilité des témoins et se rappeler combien il est important de tenir compte de la situation particulière dans laquelle se trouve le juge des faits lorsqu’il évalue la crédibilité, et du fait qu’il a l’avantage, que n’a pas la cour d’appel, d’observer les témoins qui déposent (*R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 131).

7 Clearly each of King and Balogh falls within the definition of a “jailhouse informant” as an “inmate, usually awaiting trial or sentencing, who claims to have heard another prisoner make an admission about his case”; see C. Sherrin, “Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use” (1998), 40 *C.L.Q.* 106, at p. 107. There is no doubt that the criminal records of King and Balogh, and King’s admissions that he sought to avoid incarceration in exchange for his testimony and that he had previously testified in exchange for a deal to avoid incarceration, raise preliminary doubts as to their credibility. I believe, however, that such doubts alone do not mandate a “clear and sharp” *Vetrovec* warning in this case.

8 In assessing the credibility of King and Balogh, the majority of the Court of Appeal took into consideration their lengthy criminal records, their motivation to lie and Balogh’s psychiatric history. On that basis alone, the Court of Appeal concluded that there were cogent reasons to suspect their credibility and hence overruled the trial judge’s implicit finding that the witnesses were sufficiently trustworthy not to mandate the giving of a *Vetrovec* caution.

9 The Court of Appeal held that Balogh’s credibility was suspect based on his long psychiatric history and his motivation to lie. With respect, a witness’s prior psychiatric history has no relevance to the giving of a *Vetrovec* warning. While a witness’s psychiatric profile may be a factor to consider in assessing the credibility of the witness, it does not make the witness a person of “unsavoury character”. The trial judge highlighted Balogh’s psychiatric history in his charge to the jury and it was for the jury to judge Balogh’s credibility in this respect. No special *Vetrovec* warning is required each time a witness who has attempted suicide in the past, spent time in a psychiatric institution, or consumed drugs testifies. If there were contradictions in Balogh’s testimony or between his testimony and other facts in evidence, perhaps

Il est clair que King et Balogh sont tous les deux des «informateurs dans un établissement de détention» qui sont définis comme étant des [TRADUCTION] «détenus, habituellement en attente de leur procès ou de la détermination de leur peine, qui soutiennent avoir entendu un autre détenu faire un aveu le concernant»; voir C. Sherrin, «Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use» (1998), 40 *C.L.Q.* 106, à la p. 107. Il est évident que la crédibilité de King et de Balogh est douteuse au départ en raison de leurs casiers judiciaires et des aveux de King qu’il cherchait à éviter l’incarcération en échange de son témoignage et qu’il avait déjà témoigné pour éviter d’être incarcéré. Je crois cependant qu’en l’espèce un tel caractère douteux ne saurait commander en soi une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*.

En appréciant la crédibilité de King et de Balogh, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont tenu compte de leurs lourds casiers judiciaires, des raisons qu’ils avaient de mentir et des antécédents psychiatriques de Balogh. C’est sur ce seul fondement que la Cour d’appel a conclu qu’il y avait des raisons convaincantes de douter de leur crédibilité et qu’elle a ainsi rejeté la conclusion implicite du juge du procès que les témoins étaient suffisamment dignes de foi pour qu’il ne soit pas nécessaire de faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

La Cour d’appel a conclu que la crédibilité de Balogh était douteuse en raison de ses antécédents psychiatriques importants et des raisons qu’il avait de mentir. En toute déférence, les antécédents psychiatriques d’un témoin n’ont rien à voir avec la question de savoir s’il y a lieu de faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Bien que le profil psychiatrique d’un témoin puisse être un facteur à considérer pour en évaluer la crédibilité, il n’en fait pas pour autant une personne «à l’honnêteté douteuse». Le juge du procès a souligné les antécédents psychiatriques de Balogh dans son exposé au jury et il incombait à ce dernier de décider de la crédibilité de Balogh à cet égard. Il n’est pas nécessaire de faire une mise en garde de type *Vetrovec* particulière dans tous les cas où le témoin qui dépose a déjà tenté de se suicider, fréquenté un

there would be a basis to doubt his credibility. The record demonstrates, to the contrary, that Balogh's testimony was consistent, accurate and supported by other evidence.

Moreover, no facts were adduced by defence counsel to demonstrate that Balogh had been motivated to lie or that he had sought some benefit for his testimony and no contradictions were brought out by defence counsel on cross-examination. In fact, no evidence was adduced by defence counsel that either King or Balogh had lied or that they had acquired this information elsewhere. On the contrary, ample evidence was adduced which confirmed the accounts of King and Balogh, as described by the appellant, at p. 36 of its factum:

There was a richness of detail concerning the circumstances of the event as opposed to a simple allegation or a bald admission by the accused. King and Balogh's evidence contained details as to the location of the injuries, the prior hitting of Samantha by the Respondent, the detail that the mother had also hit the child on occasion to discipline her, that Samantha was always crying and that she was crying on the night she died and that she choked.

Many of the facts in the accused's admissions to King and Balogh were confirmed by independent evidence. The fact that the baby's mother's name was Norma, that she was the Respondent's girlfriend, that they lived in the apartment building near the Centre, and that the mother was going to testify against the Respondent were all accurate. The evidence that the Respondent told King and Balogh that he had struck . . . Samantha repeatedly in the head was consistent with the medical and forensic evidence as to the location of the injuries. The fact that Samantha choked was confirmed by the vomit on . . . her face. The fact that the [Respondent] would hit Samantha when she cried was confirmed by the evidence of witnesses at the trial. The fact that Samantha was crying on the night she was killed was confirmed by the mother. [Emphasis added.]

The fact that King had sought to avoid incarceration by testifying, while certainly a factor which may undermine credibility, is not in itself suffi-

établissement psychiatrique ou consommé de la drogue. On aurait peut-être raison de douter de la crédibilité de Balogh si son témoignage était incohérent ou s'il contredisait d'autres faits soumis en preuve. Au contraire, il ressort du dossier que le témoignage de Balogh était logique, exact et étayé par d'autres éléments de preuve.

En outre, l'avocat de la défense n'a présenté aucun fait visant à démontrer que Balogh avait eu des raisons de mentir ou qu'il avait cherché à obtenir un avantage en échange de son témoignage, et il n'a fait ressortir aucune contradiction lors du contre-interrogatoire. En fait, l'avocat de la défense n'a produit aucune preuve que King ou Balogh avait menti ou qu'ils avaient obtenu ces renseignements ailleurs. Au contraire, de nombreux éléments de preuve confirmant les récits de King et Balogh ont été produits, comme l'affirme l'appelante, à la p. 36 de son mémoire:

[TRADUCTION] On disposait d'énormément de détails sur les circonstances de l'épisode par opposition à une simple allégation ou à un simple aveu de la part de l'accusé. Dans leur témoignage, King et Balogh fournissaient des détails sur les parties du corps où des blessures avaient été causées et précisaient que Samantha avait déjà été frappée par l'intimé, que la mère avait elle aussi parfois frappé l'enfant pour la punir, que Samantha pleurait toujours, qu'elle avait pleuré la nuit de son décès et qu'elle s'était étouffée.

Bien des faits que l'accusé a mentionnés dans ses aveux à King et à Balogh ont été confirmés par une preuve indépendante. Il était exact que la mère du bébé s'appelait Norma, qu'elle était la petite amie de l'intimé, qu'ils vivaient dans l'immeuble résidentiel près du Centre et que la mère allait témoigner contre l'intimé. La preuve que l'intimé avait dit à King et à Balogh qu'il avait frappé Samantha à la tête à maintes reprises était compatible avec la preuve médico-légale faisant état des parties du corps où des blessures avaient été constatées. Le fait que Samantha s'était étouffée était confirmé par la vomissure qu'elle avait sur le visage. Le fait que [l'intimé] frappait Samantha quand elle pleurait a été confirmé par la déposition de témoins au procès. La mère de Samantha a confirmé que cette dernière avait pleuré la nuit où elle avait été assassinée. [Je souligne.]

Bien que le fait que King ait cherché à éviter l'incarcération en témoignant soit sûrement un facteur susceptible de miner sa crédibilité, ce n'est pas

cient to mandate a “clear and sharp” *Vetrovec* caution. An appellate court should show greater deference to the trial judge rather than to impose its view after the fact based on an abstract category of witness without having heard the testimonies directly.

The Importance of the Impugned Evidence

- 11 In *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, Major J. described the untrustworthy evidence as “crucial to the Crown’s case” (p. 615). In *Vetrovec*, Dickson J. spoke of the need for helpful direction of the jury where “guilt or innocence might, and probably will turn on the acceptance or rejection, belief or disbelief, of the evidence of one or more witnesses” (pp. 831-32). The trial judge must therefore examine the importance of the impugned evidence. Indeed, as M. Rosenberg (now Rosenberg J.A.) states in “Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term” (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, at p. 463:

... the trial judge must assess the importance of the witness to the Crown’s case. If the witness plays a relatively minor role in the proof of guilt it is probably unnecessary to burden the jury with a special caution and then review the confirmatory evidence. However, the more important the witness the greater the duty on the judge to give the caution. At some point, as where the witness plays a central role in the proof of guilt, the warning is mandatory.

- 12 In the circumstances of this case, guilt or innocence did not turn on the acceptance of the evidence of King and Balogh. Rather, upon reviewing the record, it is my opinion that there was sufficient evidence which would sustain the conviction even if the jury had completely rejected the evidence of King and Balogh.

suffisant en soi pour commander une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*. Une cour d’appel devrait faire preuve d’un plus grand respect envers le juge du procès au lieu d’imposer après coup son propre point de vue en se fondant sur une catégorie abstraite de témoins sans avoir entendu directement les dépositions.

L’importance du témoignage contesté

Dans l’arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, le juge Major a décrit la déposition indigne de foi comme étant «un élément crucial de la preuve du ministère public» (p. 615). Dans l’arrêt *Vetrovec*, le juge Dickson a parlé de la nécessité d’aider le jury par des directives «si la déclaration de culpabilité ou l’acquittement peuvent dépendre et dépendront tout probablement de l’acceptation ou du rejet de la déposition d’un ou de plusieurs témoins ou encore du fait d’y ajouter foi ou de ne point la croire» (pp. 831 et 832). Le juge du procès doit d’abord examiner l’importance du témoignage contesté. En fait, comme M. Rosenberg (maintenant juge d’appel) l’affirme dans «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term» (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, à la p. 463:

[TRADUCTION]... le juge du procès doit évaluer l’importance que revêt le témoin pour la preuve du ministère public. Si le témoin joue un rôle relativement mineur dans l’établissement de la culpabilité, il ne sera probablement pas nécessaire de faire une mise en garde particulière au jury et d’examiner ensuite la déposition corroborante. Cependant, plus le témoin est important, plus le juge du procès est tenu de faire la mise en garde. À un certain point, comme dans le cas où le témoin joue un rôle central dans l’établissement de la culpabilité, la mise en garde est obligatoire.

Dans les circonstances de la présente affaire, la déclaration de culpabilité ou l’acquittement ne dépendait pas de l’acceptation du témoignage de King et de Balogh. Je suis plutôt d’avis, après avoir examiné le dossier, qu’il y aurait eu suffisamment d’éléments de preuve pour étayer la déclaration de culpabilité même si le jury avait rejeté complètement le témoignage de King et de Balogh.

The jury was properly instructed by the trial judge on the elements that had to be proved to find the respondent guilty of first degree murder. A competent jury convicted the respondent, concluding that he had caused the death of Samantha Johnings while committing a sexual assault against her. The evidence of King and Balogh made no reference to sexual assault. The jury had sufficient evidence to convict based solely on the forensic evidence, the mother's testimony and the inconsistency in the respondent's statements. The physical and forensic evidence in this case, namely the track pants, the genital injuries and the semen in Samantha's anus and vagina coupled with the fact that the respondent was the sole male present and that he had earlier bathed Samantha, is conclusive.

It cannot be ignored that the whole of the evidence implicating the respondent in this case, absent the evidence of King and Balogh, is far more compelling than the evidence against the accused in *Vetrovec* and *Bevan* absent the impugned evidence in those cases. The evidence of King and Balogh may have been important but it was not determinative, and, where the evidence of a witness merely provides further support for a jury's finding, appellate courts should more likely find that the decision to give a "clear and sharp" *Vetrovec* warning is within the trial judge's discretion.

Failure to Request a Warning

A further problem with making the "clear and sharp" *Vetrovec* warning mandatory is that it may have the unintended effect of causing greater prejudice to the accused either by calling attention to the impugned evidence or to evidence corroborating the impugned evidence.

While this Court has established in *Bevan* that the trial judge need not necessarily point to corroborating evidence each time a *Vetrovec* warning

Le juge du procès a donné au jury des directives appropriées sur les éléments qui devaient être établis pour que l'intimé soit reconnu coupable de meurtre au premier degré. Un jury compétent a déclaré l'intimé coupable, après avoir conclu qu'il avait causé la mort de Samantha Johnings pendant qu'il l'agressait sexuellement. Le témoignage de King et de Balogh ne fait état d'aucune agression sexuelle. La preuve dont le jury disposait était suffisante pour lui permettre de conclure à la culpabilité de l'intimé sur la seule base de la preuve médico-légale, du témoignage de la mère et de l'incohérence des déclarations de l'intimé. La preuve matérielle et médico-légale en l'espèce, à savoir le pantalon de survêtement, les blessures aux organes génitaux et le sperme trouvé dans l'anus et le vagin de Samantha, conjuguée au fait que l'intimé était le seul homme présent et qu'il avait auparavant donné un bain à Samantha, est concluante.

On ne saurait passer sous silence le fait que, dans son ensemble, la preuve impliquant l'intimé en l'espèce, abstraction faite du témoignage de King et de Balogh, est beaucoup plus convaincante que celle qui pesait contre l'accusé dans les affaires *Vetrovec* et *Bevan* indépendamment du témoignage qui y était contesté. Le témoignage de King et de Balogh peut avoir été important, mais il n'était pas déterminant et, dans le cas où la déposition d'un témoin ne fait qu'étayer davantage la conclusion d'un jury, il devrait y avoir plus de chances que la cour d'appel conclue que la décision de faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès.

L'omission de solliciter une mise en garde

Rendre obligatoire la mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* pose un autre problème en ce sens que cela peut avoir pour effet non voulu de causer un plus grand préjudice à l'accusé en attirant l'attention soit sur le témoignage contesté, soit sur la preuve qui le corrobore.

Bien que notre Cour ait établi, dans l'arrêt *Bevan*, que le juge du procès n'est pas nécessairement tenu de souligner l'existence d'une preuve

13

14

15

16

is given, it is usually a corollary of the *Vetrovec* warning that the trial judge refer to evidence supporting the impugned evidence of the “unsavoury” witness. Therefore, if the trial judge had given a “clear and sharp” *Vetrovec* warning in this case, it would have been open to him to highlight for the jury the ample evidence which confirmed the evidence of King and Balogh. In requesting a *Vetrovec* warning, defence counsel therefore risks bolstering the credibility of the “unsavoury” witness by highlighting the inculpatory evidence against the accused. In this regard, *Vetrovec* warnings may, in certain circumstances, be counter-productive by actually strengthening the case against the accused.

17 Defence counsel in this case neither requested a *Vetrovec* warning nor objected when one was not provided. This may well have been the result of a tactical decision on the part of defence counsel to avoid the risk of causing greater prejudice to the accused. Defence counsel chose to concentrate on attacking the Crown’s circumstantial and physical evidence in this case rather than to draw attention to the evidence of King and Balogh. Indeed, defence counsel, in his address at trial, referred to the evidence of King as “comic relief”, stating that King and Balogh had concocted stories that “didn’t make sense” and that nothing further needed to be said about them. It is at least implicit from the defence’s references to the evidence of King and Balogh that the defence felt that there was no striking need for a “clear and sharp” *Vetrovec* caution, that the evidence of King and Balogh was insignificant, and that the jury was fully capable of assessing the credibility of these witnesses on its own. Had defence counsel requested a *Vetrovec* warning, however, the evidence of King and Balogh would have been singled out for the jury’s attention and possibly emphasized by the trial judge.

corroborante chaque fois qu’il fait une mise en garde de type *Vetrovec*, le juge du procès renvoie habituellement à des éléments de preuve étayant la déposition contestée du témoin «douteux» lorsqu’il fait cette mise en garde. En conséquence, si le juge du procès avait fait une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* en l’espèce, il aurait pu souligner au jury la preuve abondante qui corroborait le témoignage de King et de Balogh. En sollicitant une mise en garde de type *Vetrovec*, l’avocat de la défense risque donc de renforcer la crédibilité du témoin «douteux» en soulignant la preuve incriminante qui pèse contre l’accusé. À cet égard, il se peut que, dans certaines circonstances, la mise en garde de type *Vetrovec* aille à l’encontre du but recherché en renforçant, en fait, la preuve qui pèse contre l’accusé.

L’avocat de la défense en l’espèce n’a pas sollicité une mise en garde de type *Vetrovec* et ne s’est pas opposé à l’absence d’une telle mise en garde. Il se peut fort bien que cela ait été le fruit d’une décision tactique de sa part d’épargner à l’accusé le risque de subir un plus grand préjudice. L’avocat de la défense a choisi de s’attaquer à la preuve circonstancielle et matérielle du ministère public au lieu d’attirer l’attention sur le témoignage de King et de Balogh. En fait, il a affirmé, dans sa plaidoirie au procès, que le témoignage de King avait été une [TRADUCTION] «détente comique» et que ce dernier et Balogh avaient inventé des histoires «farfelues», et qu’il n’y avait plus rien à dire à leur sujet. Il ressort à tout le moins implicitement des mentions que la défense a faites du témoignage de King et de Balogh qu’elle estimait qu’une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* n’était manifestement pas nécessaire, que le témoignage de King et de Balogh était sans importance et que le jury était parfaitement en mesure d’apprécier lui-même la crédibilité de ces témoins. Toutefois, si l’avocat de la défense avait sollicité une mise en garde de type *Vetrovec*, le témoignage de King et de Balogh aurait été expressément porté à l’attention du jury et éventuellement souligné par le juge du procès.

18 The cases of *R. v. Cain* (1996), 90 O.A.C. 156 (C.A.), and *R. v. Glasgow* (1996), 110 C.C.C. (3d)

Les arrêts *R. c. Cain* (1996), 90 O.A.C. 156 (C.A.), et *R. c. Glasgow* (1996), 110 C.C.C. (3d)

57 (Ont. C.A.), support the position that, absent a request for a “clear and sharp” *Vetrovec* warning, the trial judge should only be required to give a warning where the circumstances of the case clearly demand one. While it is true that counsel’s opinion with respect to the *Vetrovec* warning is not determinative, it is nevertheless relevant and worthy of greater consideration where circumstances point to the fact that there may be tactical reasons for not requesting a warning. In *Glasgow*, at pp. 60-61, Doherty J.A. addressed the effect of a failure on the part of counsel to request a *Vetrovec* warning as follows:

The trial judge alerted the jury to the importance of the assessment of the credibility of these two witnesses and spent some time detailing the manner in which that assessment should be made. He was not asked to give, and did not give a “*Vetrovec*” warning. It is well established that a trial judge has a discretion as to whether to give a “*Vetrovec*” warning. An appellate court must show deference when reviewing the exercise of that discretion. If a trial judge was not asked to give the warning, it is difficult to understand how the trial judge can be said to have erred in the exercise of her or his discretion.

A full “*Vetrovec*” instruction, even as modified in *R. v. Bevan* . . . , can benefit both the Crown and the defence. Where counsel for the accused is satisfied that issues pertaining to a witness’s credibility have been fully and fairly put to the jury without resort to a “*Vetrovec*” instruction, I would hold that the failure to give the “*Vetrovec*” warning resulted in reversible error only if satisfied that the instruction was essential to a fair trial. In other words, I would place the onus on the appellant to show that the circumstances at trial so compelled a “*Vetrovec*” warning that the trial judge effectively had no discretion and was compelled to give the “*Vetrovec*” warning. As I am not satisfied that this was such a case, I would not give effect to this ground of appeal. [Emphasis added.]

In my view, the defence had a clear tactical advantage in not requesting a *Vetrovec* warning in this case. To hold that the *Vetrovec* warning is

57 (C.A. Ont.), étaient le point de vue selon lequel, en l’absence d’une demande de mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*, le juge du procès n’est tenu de faire une mise en garde que si les circonstances de l’affaire l’exigent clairement. Même s’il est vrai qu’il n’est pas déterminant en ce qui concerne la mise en garde de type *Vetrovec*, l’avis des avocats est néanmoins pertinent et digne de plus de considération lorsque les circonstances indiquent qu’il peut y avoir des raisons tactiques de ne pas solliciter une mise en garde. Dans l’arrêt *Glasgow*, aux pp. 60 et 61, le juge Doherty a traité de la façon suivante l’effet de l’omission de l’avocat de solliciter une mise en garde de type *Vetrovec*:

[TRADUCTION] Le juge du procès a sensibilisé le jury à l’importance d’apprécier la crédibilité de ces deux témoins et a consacré un certain temps à lui expliquer la façon dont cette appréciation doit être faite. On ne lui a pas demandé de faire une mise en garde de type «*Vetrovec*» et il n’en a fait aucune. Il est bien établi qu’un juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de faire ou de ne pas faire une telle mise en garde. Une cour d’appel doit faire preuve de retenue lorsqu’elle examine l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Si on n’a pas demandé au juge du procès de faire la mise en garde, il est difficile de comprendre comment on peut dire qu’il a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire.

Une directive complète de type «*Vetrovec*», même modifiée comme dans l’arrêt *R. c. Bevan* [. . .], peut profiter tant au ministère public qu’à la défense. Dans le cas où l’avocat de l’accusé est convaincu que les questions relatives à la crédibilité d’un témoin ont été entièrement et équitablement exposées au jury sans qu’une directive de type «*Vetrovec*» ne lui ait été donnée, je suis d’avis que l’omission de faire la mise en garde de type «*Vetrovec*» ne constitue une erreur justifiant annulation que si l’on est convaincu que la directive était essentielle à la tenue d’un procès équitable. En d’autres termes, j’estime qu’il incombait à l’appelant d’établir au procès que les circonstances de l’affaire commandaient une mise en garde de type «*Vetrovec*» à un point tel que le juge du procès n’avait en réalité d’autre choix que de faire cette mise en garde. Comme je ne suis pas convaincu que c’était le cas en l’espèce, je ne retiens pas ce moyen d’appel. [Je souligne.]

À mon avis, il était clairement à l’avantage de la défense, sur le plan tactique, de ne pas solliciter en l’espèce une mise en garde de type *Vetrovec*.

mandatory in such circumstances would deny future counsel this tactical decision. As professed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Gravino*, [1995] O.J. No. 3109 (QL), at para. 10:

The fact that very experienced and competent counsel at trial... neither asked for a *Vetrovec* caution nor objected when one was not given must be taken to reflect the atmosphere at the trial that Ireland's evidence had been subjected to very careful scrutiny. In these circumstances we are unable to conclude that it was an error on the part of the trial judge to decline to give a *Vetrovec* caution.

20

In the present case, the trial judge exercised his discretion not to give a "clear and sharp" *Vetrovec* warning. Rather, in instructing the jury, the trial judge focussed on the credibility of King and Balogh, their criminal records, and King's motivation to lie. In essence, the trial judge directed the jury on credibility, at the very beginning of his instruction, specifically focussing on the criminal records of King and Balogh:

We have also had in this trial witnesses who have a criminal record. You will recall the testimony of Mr. Balogh and Mr. King. Both of these witnesses admitted that they had a record and once again you may take their record into account when considering the credibility and weight of their evidence. It is for you to decide what significance, if any, you will attach to their records when you size them up as witnesses.

Credibility and weight of the evidence are entirely for you. If you have a reasonable doubt as to the accuracy of the evidence or the weight to be given to such evidence, you must give the benefit of that doubt to the accused and not to the Crown. This is an important part of a criminal trial and I repeat this for you. Credibility and weight of evidence are entirely for you, the Jury.

21

Later, in his charge to the jury, while reviewing the individual evidence of each of the witnesses, the trial judge once again referred to King and

Décider que la mise en garde de type *Vetrovec* est obligatoire en pareilles circonstances empêcherait désormais les avocats de prendre une telle décision tactique. Comme l'a affirmé la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Gravino*, [1995] O.J. No. 3109 (QL), au par. 10:

[TRADUCTION] Le fait que l'avocat très expérimenté et compétent [...] au procès n'a pas sollicité une mise en garde de type *Vetrovec* et ne s'est pas opposé à l'absence d'une telle mise en garde doit être interprété comme reflétant l'impression au procès que le témoignage d'Ireland avait fait l'objet d'un examen très minutieux. Dans ces circonstances, nous ne pouvons pas conclure que le juge du procès a commis une erreur en refusant de faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

En l'espèce, le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire de ne pas faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*. En donnant des directives au jury, il s'est plutôt concentré sur la crédibilité de King et de Balogh, sur leurs casiers judiciaires et sur les raisons de King de mentir. Le juge du procès a essentiellement donné au jury des directives en matière de crédibilité au tout début de ses directives, se concentrant particulièrement sur les casiers judiciaires de King et Balogh:

[TRADUCTION] Nous avons également eu, dans le présent procès, des témoins qui possèdent un casier judiciaire. Rappelez-vous le témoignage de MM. Balogh et King. Ces deux témoins ont admis qu'ils avaient un casier judiciaire et, là encore, vous pouvez tenir compte de ce casier en appréciant leur crédibilité et la valeur de leur témoignage. Il vous incombe de décider de l'importance, le cas échéant, que vous accorderez à leurs casiers judiciaires en les évaluant comme témoins.

Il vous revient exclusivement d'apprécier la crédibilité et la valeur des témoignages. Si vous avez un doute raisonnable quant à l'exactitude des témoignages ou au poids qu'il convient de leur accorder, vous devez accorder le bénéfice de ce doute à l'accusé et non pas au ministère public. C'est un aspect important du procès criminel et je vous le répète: il vous appartient exclusivement, à vous, le jury, d'apprécier la crédibilité et la valeur des témoignages.

Plus tard, dans son exposé au jury, alors qu'il passait en revue la déposition de chaque témoin, le juge du procès a de nouveau mentionné les casiers

Balogh's criminal records. He then proceeded to highlight Balogh's psychiatric troubles. The trial judge also referred to King's motivation to lie, emphasizing the fact that King "tried to get a lighter sentence", and that King had admitted that "he was a rat". In the circumstances of this case, the exercise of the discretion not to give a "clear and sharp" *Vetrovec* warning but to direct the jury on credibility as was done was in conformity with the spirit of *Vetrovec*.

For the above reasons, I am of the opinion that the majority of the Court of Appeal had insufficient reason to interfere with the trial judge's exercise of his discretion to instruct the jury as he did. Although there may have been some reason to doubt the credibility of King and Balogh at the outset, based on their criminal records as well as King's motivation to lie, these factors were highlighted by the trial judge in instructing the jury and, in isolation, do not automatically require a "clear and sharp" *Vetrovec* warning. It is my view that the role of the evidence of King and Balogh in relation to the totality of evidence adduced by the Crown in this case justified the trial judge's discretion not to provide a *Vetrovec* caution.

Considering that the impugned evidence was not essential to the determination of guilt or innocence, and that there were insufficient reasons to doubt the credibility of King and Balogh, a *Vetrovec* warning was not required in the circumstances. The Court of Appeal, therefore, erred in reversing the decision of the trial judge to instruct the jury as he did.

Conclusion

To find that the trial judge's failure to provide a "clear and sharp" *Vetrovec* warning in the circumstances of this case amounts to an error of law runs counter to the spirit of *Vetrovec*, which affirmed a judicial discretion to provide warnings only in

judiciaires de King et Balogh. Il a ensuite souligné les problèmes psychiatriques de Balogh. Le juge du procès a également parlé des raisons de King de mentir, soulignant le fait que King [TRADUCTION] «tentait d'obtenir une peine moins lourde» et que ce dernier avait admis qu'«il était un mouchard». Dans les circonstances de la présente affaire, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas faire de mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* et de donner plutôt au jury des directives sur la crédibilité, comme cela a été fait, était conforme à l'esprit de l'arrêt *Vetrovec*.

Pour les raisons qui précèdent, je suis d'avis que les juges majoritaires de la Cour d'appel n'avaient pas suffisamment de motifs d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de donner au jury les directives qu'il lui a données. Même si, au départ, il pouvait y avoir des motifs de douter de la crédibilité de King et de Balogh à cause de leurs casiers judiciaires et des raisons de King de mentir, le juge du procès a, dans ses directives au jury, souligné ces facteurs, qui ne commandent pas automatiquement en soi une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec*. À mon avis, le rôle que le témoignage de King et de Balogh jouait relativement à l'ensemble de la preuve produite en l'espèce par le ministère public justifiait l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès de ne pas faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

Vu que la preuve contestée n'était pas essentielle pour décider de la culpabilité ou de l'innocence et qu'il n'y avait pas suffisamment de raisons de douter de la crédibilité de King et de Balogh, une mise en garde de type *Vetrovec* ne s'imposait pas dans les circonstances. La Cour d'appel a donc commis une erreur en infirmant la décision du juge du procès de donner au jury les directives qu'il lui a données.

Conclusion

Conclure que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* dans les circonstances de la présente affaire constitue une erreur de droit est contraire à l'esprit de cet arrêt qui a confirmé l'existence d'un

22

23

24

appropriate circumstances. Provided there is a foundation for the judge's exercise of discretion, appellate courts should not interfere. Here that foundation existed.

- 25 For these reasons, I am unable to conclude that the failure of the trial judge to give a "clear and sharp" *Vetrovec* warning amounted to an error of law. I would allow the appeal accordingly and restore the conviction entered by the trial judge.

The reasons of Iacobucci, Major and Arbour JJ. were delivered by

- 26 MAJOR J. (dissenting) — Stephen David Balogh and Albert Edward King were jailhouse informants and men of unsavoury character. The trial judge permitted their evidence to go to the jury without the caution of a *Vetrovec* warning.

- 27 The respondent, Frederick Alexander Brooks, was convicted of first degree murder in the death of Samantha Johnings. He was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 25 years. The Ontario Court of Appeal, by a majority, ordered a new trial.

- 28 This appeal as of right was on a point of law raised in the dissent; that is, whether a clear, sharp warning in accordance with *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, ought to have been included in the trial judge's charge to the jury on the evidence of the two disreputable Crown witnesses.

- 29 In the absence of a *Vetrovec* warning, was the charge to the jury sufficient to overcome that failure?

- 30 If the answer is no, then in the circumstances should the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, be

pouvoir discrétionnaire de ne faire des mises en garde que dans des circonstances appropriées. Les cours d'appel ne devraient intervenir que s'il existe un motif justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Ce motif existait en l'espèce.

Pour ces raisons, je suis incapable de conclure que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde «claire et précise» de type *Vetrovec* constituait une erreur de droit. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité inscrite par le juge du procès.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et Arbour rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — Stephen David Balogh et Albert Edward King étaient des informateurs dans un établissement de détention et des hommes à l'honnêteté douteuse. Le juge du procès a permis au jury d'apprécier leur témoignage sans lui faire une mise en garde de type *Vetrovec*.

L'intimé Frederick Alexander Brooks, déclaré coupable du meurtre au premier degré de Samantha Johnings, a été condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 25 ans. La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a ordonné un nouveau procès.

Le présent pourvoi de plein droit porte sur une question de droit soulevée dans les motifs de dissidence, à savoir si l'exposé du juge du procès au jury relativement à la déposition des deux témoins à charge de mauvaise réputation aurait dû comporter une mise en garde claire et précise conformément à l'arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811.

En l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec*, l'exposé au jury était-il suffisant pour pallier cette omission?

Dans la négative, la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, aurait-elle dû alors s'appliquer

engaged and if so, would the verdict have necessarily been the same.

In my opinion, the trial judge ought to have given a *Vetrovec* warning. In its absence the charge was not the equivalent nor was it adequate. In the result it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same and accordingly the appeal should be dismissed.

I. Facts

Around 10:30 p.m. on December 13, 1992, 19-month-old Samantha Johnings stirred in her sleep when her aunt checked on her before leaving the apartment. The next day at 11:00 a.m., Samantha's mother Norma Jean Johnings found her dead in her crib. She had been murdered. Rigor mortis was setting in. There was blood and vomit on her face. Her left eye was swollen shut and she had three bruises on her head caused by blunt force trauma. The body was wrapped in a green comforter. Her mother attempted in vain to revive her. She then called 911.

Only two persons had access to Samantha on the night of her murder — her mother and the respondent. The respondent had been living in the apartment with Norma Jean since the previous October. He was not the father of Samantha, nor of her newborn brother, Anthony.

At autopsy, it was noted that Samantha's genital area had a well-demarcated area of bruising and redness, which was inconsistent with a diaper rash but consistent with a rubbing action, or the use of a blunt object. Trace amounts of semen were found on vaginal and anal swabs taken from her body. The cause of death was acute brain injury. The head injuries could have but did not necessarily precede the injuries to the vagina and anus. A healing lesion of one centimetre in diameter was also noted on the right buttock.

et, le cas échéant, le verdict aurait-il nécessairement été le même?

À mon avis, le juge du procès aurait dû faire une mise en garde de type *Vetrovec*. L'exposé qu'il a fait n'équivalait pas à une telle mise en garde et n'était pas suffisant non plus. En fin de compte, on ne peut pas dire que le verdict aurait nécessairement été le même. Le pourvoi devrait donc être rejeté.

I. Les faits

Vers 22 h 30, le 13 décembre 1992, Samantha Johnings, qui était âgée de 19 mois, a bougé dans son sommeil quand sa tante est venue jeter un coup d'œil sur elle avant de quitter l'appartement. Le lendemain, à 11 h, Norma Jean Johnings a trouvé sa fille Samantha morte dans sa couchette. Elle avait été assassinée et son corps avait commencé à devenir rigide. Elle avait du sang et de la vomissure au visage. Son œil gauche était gonflé et fermé et elle avait sur la tête trois contusions provoquées par un objet contondant. Le corps était enveloppé dans une douillette verte. Sa mère a tenté en vain de la réanimer. Elle a ensuite composé le 911.

Seulement deux personnes avaient accès auprès de Samantha la nuit de son meurtre — sa mère et l'intimé. L'intimé vivait dans l'appartement avec Norma Jean depuis le mois d'octobre précédent. Il n'était ni le père de Samantha ni celui de son frère nouveau-né, Anthony.

Lors de l'autopsie, on a constaté la présence aux organes génitaux de Samantha d'une zone bien délimitée de contusions et de rougeurs, qui n'avait rien à voir avec un érythème fessier, mais qui pouvait résulter d'un frottement ou de l'utilisation d'un objet contondant. Des quantités infimes de sperme ont été décelées dans des échantillons prélevés sur son corps par écouvillonnage vaginal et anal. Le décès était dû à un traumatisme crânien aigu. Les blessures à la tête pouvaient, mais ne devaient pas nécessairement, avoir précédé celles au vagin et à l'anus. On a également remarqué la présence sur la fesse droite d'une lésion d'un centimètre de diamètre qui était en voie de cicatrisation.

31

32

33

34

- 35 DNA testing of the sperm proved inconclusive, likely due to contamination of the sample. No one could be included or excluded as the source.
- 36 The respondent's grey track pants were found in the apartment and seized on January 27, 1993. Those pants contained blood stains of the same blood type as Samantha's. An expert witness for the Crown testified that the blood's DNA signature matched Samantha's and that the frequency of that profile in Caucasians is one in 80 million. The track pants had semen on them, as well as a juice substance, similar to what was found in Samantha's bottle. The respondent was charged with murder.
- 37 At the respondent's trial, Norma Jean testified that in the early morning of December 14, her newborn, Anthony, had developed gas and began to cry continuously. She repeatedly walked up and down the apartment's hallway with Anthony in an unsuccessful effort to soothe him. At 2:00 a.m. she saw the respondent in Samantha's room, wrapping her in a green comforter. She did not check on Samantha at that time. She testified that by the time she went to bed at 4:00 a.m. the respondent had changed from his grey sweat pants into black sweat pants. On the way to the hospital the next morning, the respondent whispered to her three times that he was sorry.
- 38 The respondent testified at the trial and denied the charge. He denied checking on Samantha at 2:00 a.m. or wrapping her in the comforter. On cross-examination he stated that although he had told the police that he had wrapped Samantha in a comforter at around 2:00 a.m., this had been a "slip up". Instead, he testified that that comforter had been on Norma Jean's bed and he believed that she had put it on Samantha.
- Le test d'empreintes génétiques du sperme s'est révélé non concluant, vraisemblablement en raison de la contamination de l'échantillon prélevé. Ce test n'a pas permis d'établir que le sperme prélevé provenait ou ne provenait pas d'une personne en particulier.
- Le pantalon de survêtement gris de l'intimé a été trouvé dans l'appartement et saisi le 27 janvier 1993. Il y avait sur ce pantalon des taches de sang du même groupe sanguin que celui de Samantha. Un témoin expert du ministère public a déclaré que le profil génétique du sang correspondait à celui de Samantha et qu'il y avait une chance sur 80 millions que ce profil se rencontre chez une personne de race blanche. Il y avait sur le pantalon de survêtement du sperme et du jus semblable à celui trouvé dans le biberon de Samantha. L'intimé a été inculpé de meurtre.
- Au procès de l'intimé, Norma Jean a témoigné que, tôt le matin du 14 décembre, son nouveau-né Anthony s'était mis à avoir des gaz et à pleurer continuellement. À maintes reprises, elle a fait les cent pas dans le corridor de l'appartement avec Anthony dans les bras, dans une vaine tentative de le calmer. À 2 h, elle a vu l'intimé envelopper Samantha dans une douillette verte alors qu'il se trouvait dans la chambre de cette dernière. Elle n'a pas jeté de coup d'œil sur Samantha à ce moment-là. Dans son témoignage, elle a déclaré que lorsqu'elle s'est couchée à 4 h, l'intimé avait enlevé son pantalon de survêtement gris pour mettre un pantalon de survêtement noir. Sur la route de l'hôpital le lendemain matin, l'intimé lui a chuchoté trois fois à l'oreille qu'il était désolé.
- L'intimé a témoigné au procès et a nié les accusations. Il a nié avoir jeté un coup d'œil sur Samantha à 2 h du matin ou l'avoir enveloppée dans la douillette. En contre-interrogatoire, il a affirmé que son récit à la police qu'il avait enveloppé Samantha dans une douillette vers 2 h du matin avait été une [TRADUCTION] «gaffe». Il a plutôt témoigné que la douillette était sur le lit de Norma Jean et qu'il croyait qu'elle en avait recouvert Samantha.

The respondent also testified that on December 14, the morning that Samantha's death was discovered, he had been wearing the grey track pants, and that the blood must have gotten onto them while he was attempting to revive her. He said the police had permitted him to change into a pair of black sweat pants before being taken to the police station. Constable Bennett contradicted this evidence and said the respondent never asked to change his sweat pants and that he was taken to the police station in the same sweat pants he was wearing when the police arrived.

Other witnesses testified that the respondent's relationship with Samantha had been characterized by violence. Testimony from Samantha's grandfather, Robert Johnings, and 10-year-old Hayley Arkell, indicated that about one month prior to the murder, the respondent had thrown Samantha approximately one meter into the wooden frame of a couch.

Four relatives confirmed that the injury to Samantha's right buttock had appeared on December 5, 1992, a day on which the respondent had exclusive care of Samantha while Norma Jean was giving birth to Anthony. The respondent had suggested that the injury occurred when Samantha fell on a small funnel bath toy. A pathologist's expert opinion was that the injury was inconsistent with a funnel but consistent with a cigarette burn.

Much of the testimony of the Crown's forensic experts focussed on the sperm found in Samantha's body. Six sperm were noted on a vaginal swab and approximately five on an anal swab. The amounts were insufficient for any conventional groupings. The Crown's pathologist Dr. Rao testified that although the sperm count in male ejaculate usually runs in the millions, the child had been brought into the emergency ward with a soiled diaper and the swabs were taken only after the faeces had been removed. As well, the fact that

Dans son témoignage, l'intimé a également dit que, le matin du 14 décembre, au moment où Samantha a été trouvée sans vie, il portait le pantalon de survêtement gris qu'il avait dû tacher de sang en tentant de la réanimer. Il a dit que la police l'avait autorisé à se changer et à enfiler un pantalon de survêtement noir avant de l'emmener au poste. L'agent Bennett a contredit ce témoignage et affirmé que l'intimé n'avait jamais demandé à changer son pantalon de survêtement et qu'au moment où il a été conduit au poste de police il portait le même pantalon de survêtement que lorsque la police est arrivée.

D'autres témoins ont affirmé que la relation de l'intimé avec Samantha avait été caractérisée par la violence. Dans leur témoignage, le grand-père de Samantha, Robert Johnings, et Hayley Arkell, un enfant de 10 ans, ont indiqué que, environ un mois avant le meurtre, l'intimé avait projeté Samantha sur une distance d'environ un mètre contre l'armature en bois d'un divan.

Quatre membres de la famille ont confirmé que la blessure sur la fesse droite de Samantha était apparue le 5 décembre 1992, au moment où l'intimé s'occupait seul de Samantha pendant que Norma Jean donnait naissance à Anthony. L'intimé avait laissé entendre que Samantha s'était infligée cette blessure en tombant sur un petit entonnoir avec lequel elle jouait dans son bain. D'après l'opinion d'expert d'un pathologiste, la blessure ressemblait à une brûlure de cigarette et non pas à une marque d'entonnoir.

Une bonne partie du témoignage des experts légistes du ministère public a porté sur le sperme trouvé sur le corps de Samantha. Six spermatozoïdes ont été décelés dans un échantillon prélevé par écouvillonnage vaginal et environ cinq ont été décelés dans un échantillon prélevé par écouvillonnage anal. Les quantités étaient insuffisantes pour que l'on puisse effectuer un groupage conventionnel. Suivant le témoignage du pathologiste du ministère public, le Dr Rao, bien que le sperme éjaculé par un homme compte habituellement des millions de spermatozoïdes, l'enfant portait une couche souillée lorsqu'elle est arrivée en salle d'urgence et les prélèvements n'ont été effectués

39

40

41

42

there was no penetration, only surface contact, could account for the sparse yield of sperm.

43

The defence suggested that the sperm may have been several days old, and, therefore, deposited at a time before the respondent's access to Samantha. A forensic biologist for the Crown acknowledged that studies had shown that semen can survive up to five or six days in an adult female's vaginal sample and two to three days in an anal sample, but she was not aware of any comparable studies for infants. However, Norma Jean testified that she had bathed Samantha between 10:00 and 11:00 p.m. on December 12 and again the next morning. The respondent testified that when he changed Samantha's diaper on December 12, he did not notice any marks around her vaginal area. The respondent was the only male with access to Samantha during the day of December 13 and overnight.

44

The defence also postulated that the sperm may have been deposited upon Samantha from a semen stain, such as the one found on the green comforter. Doctor Rao discounted this theory as improbable. In her opinion, while semen can sometimes be detected on the skin surface of a child placed in contact with a fresh and wet semen stain, it is unlikely that semen would pass to the child's vaginal orifice from simple contact with a stain. The defence claimed that the sperm may have been deposited internally as the result of self-exploration of her vagina by Samantha. Doctor Rao's opinion was that a 19-month-old child was too young for that activity.

45

Doctor Newall, the Crown's DNA expert, initially excluded the respondent as the source of the sperm found on Samantha, but later concluded that as the sample had been contaminated it was impossible for her to conclude anything about the possible origin of the sperm in the sample. She could

qu'après que les matières fécales eurent été enlevées. En outre, le fait qu'il n'y a eu qu'un contact superficiel et non pénétration pourrait expliquer la faible quantité de spermatozoïdes prélevés.

La défense a indiqué que le sperme pouvait dater de plusieurs jours et qu'il pouvait donc avoir été déposé avant le moment où l'intimé a eu accès auprès de Samantha. Une biologiste légiste du ministère public a reconnu que des études avaient montré que le sperme peut survivre jusqu'à cinq ou six jours dans le prélèvement vaginal d'une femme adulte et de deux à trois jours dans un prélèvement anal, mais elle ne connaissait l'existence d'aucune étude similaire ayant porté sur des enfants en bas âge. Toutefois, Norma Jean a témoigné qu'elle avait donné un bain à Samantha entre 22 h et 23 h, le 12 décembre, et qu'elle lui en avait donné un autre le lendemain matin. Dans son témoignage, l'intimé a affirmé que, lorsqu'il avait changé la couche de Samantha le 12 décembre, il n'avait remarqué la présence d'aucune marque dans la région vaginale de l'enfant. L'intimé a été le seul homme qui a eu accès auprès de Samantha pendant la journée du 13 décembre et la nuit qui a suivi.

La défense a également émis l'hypothèse que le sperme déposé sur Samantha ait provenu d'une tache de sperme comme celle trouvée sur la douillette verte. Le D^r Rao a jugé cette thèse improbable et l'a écartée. À son avis, bien que du sperme puisse parfois être découvert sur la peau d'un enfant qui a été en contact avec une tache de sperme fraîche et humide, il est peu probable que du sperme se retrouve dans l'orifice vaginal de l'enfant à la suite du simple contact avec une telle tache. La défense a prétendu que Samantha avait pu elle-même introduire le sperme dans son vagin en tâtant cette partie de son corps. Le D^r Rao estimait qu'un enfant de 19 mois est trop jeune pour se livrer à cette activité.

L'expert du ministère public en matière d'ADN, le D^r Newall, a d'abord jugé que le sperme trouvé sur Samantha ne provenait pas de l'intimé, mais elle a par la suite décidé que, vu que l'échantillon avait été contaminé, il lui était impossible de conclure quoi que ce soit au sujet de la provenance

neither include nor exclude the respondent as the source.

There was evidence from some of Samantha's relatives that Norma Jean had been seen striking Samantha on numerous occasions. Samantha's and Anthony's natural father testified that Norma Jean had on other occasions lost her temper and thrown punches at men.

Samantha's family doctor, Dr. Ambis, testified that Norma Jean lacked experience as a parent and exhibited immaturity. He had suggested that she get parent counselling, but she had angrily refused. It was generally agreed, however, that Norma Jean loved her daughter and that Samantha was developing normally and without any significant health problems.

The evidence at the centre of this appeal, as earlier noted, was led by the Crown from the two jailhouse informants, Balogh and King. Each testified that while incarcerated in the Segregation Unit of the Hamilton-Wentworth Detention Centre, the respondent had admitted to them that he had killed Samantha to stop her crying. In addition, King said that shortly before the trial he had been left alone in a holding cell with the respondent and that the respondent had then recited King's mother's street address and threatened to have her house burned down if King testified. The informants' testimony did not include any suggestion that the killing was committed during the commission of a sexual assault.

Both Balogh and King were of unsavoury and infamous character. Both had lengthy criminal records of dishonesty. King had informed the police that in coming forward he was seeking a lighter sentence for his most recent conviction, although that did not happen.

possible du sperme contenu dans cet échantillon. Elle ne pouvait pas dire si le sperme prélevé provenait ou non de l'intimé.

Des membres de la famille de Samantha ont témoigné qu'on avait vu Norma Jean frapper Samantha à maintes reprises. Le père biologique de Samantha et d'Anthony a témoigné qu'à d'autres occasions Norma Jean s'était mise en colère et avait frappé des hommes à coups de poing.

Le médecin de famille de Samantha, le Dr Ambis, a témoigné que Norma Jean manquait d'expérience en tant que mère et qu'elle faisait preuve d'immaturité. Il lui avait suggéré de consulter un service d'orientation des parents, mais elle avait refusé avec colère. Cependant, on s'accordait généralement pour dire que Norma Jean aimait sa fille Samantha et que cette dernière se développait normalement et sans éprouver aucun problème de santé important.

Comme nous l'avons vu, c'est la preuve du ministère public constituée du témoignage des deux informateurs dans un établissement de détention, Balogh et King, qui est au cœur du présent pourvoi. Les deux ont témoigné que, pendant leur incarcération dans l'unité d'isolement du centre de détention de Hamilton-Wentworth, l'intimé leur avait avoué avoir tué Samantha pour qu'elle cesse de pleurer. King a ajouté que, peu avant le procès, il avait été laissé seul avec l'intimé dans une cellule de détention provisoire et que l'intimé avait alors donné l'adresse de la mère de King et menacé de faire brûler la maison de celle-ci si jamais King témoignait. Rien dans le témoignage des informateurs n'indiquait que le meurtre avait été commis au cours d'une agression sexuelle.

Balogh et King étaient deux personnes infâmes à l'honnêteté douteuse. L'un et l'autre avaient de lourds antécédents judiciaires de malhonnêteté. King avait informé la police qu'il offrait de témoigner dans le but d'obtenir un allègement de peine à l'égard de sa dernière condamnation, bien que cela ne se soit pas réalisé.

46

47

48

49

- 50 In addition, Balogh had a history of substance abuse and an alarming psychiatric history highlighted by three suicide attempts, paranoia, deep depression and a belief in clairvoyant ability. As well, both witnesses had histories of offering to testify against other accuseds. One of Balogh's past accusations had been the result of a paranoid delusion.
- En outre, Balogh était déjà connu pour avoir abusé de substances psychoactives et il avait des antécédents psychiatriques alarmants marqués par trois tentatives de suicide, une paranoïa, une dépression profonde et la conviction qu'il avait un don de clairvoyance. De plus, les deux témoins avaient déjà offert de déposer contre d'autres accusés. L'une des accusations antérieures de Balogh résultait d'un délire paranoïde.
- 51 In closing argument, defence counsel emphasized Norma Jean's shortcomings as a mother, in particular that she had struck Samantha on several occasions, all in an effort to raise the possibility that she was the killer and not the respondent.
- Dans sa plaidoirie finale, l'avocat de la défense a souligné les lacunes de Norma Jean en tant que mère, notamment le fait qu'elle avait frappé Samantha à plusieurs reprises, dans le but de soulever la possibilité que c'était elle, et non pas l'intimé, qui avait commis le meurtre.
- 52 Defence counsel invited the jury to reject the testimony of Balogh and King in its entirety. Expressions such as "comic relief", and "incapable of belief" were used in the jury address. He told the jury that King was a "con artist", and a "witness for hire", one who would "seize the opportunity to look out for number one" and who would concoct a story in the hope of reducing his sentence, oblivious to the harm caused to others. He suggested that King had used details that he was aware of to concoct a story that simply did not make sense. Defence counsel referred to Balogh as a "very sad individual" who obviously had "some problems with himself" and who was a "willing foil" for King. He suggested that Balogh's story made no sense and that nothing further needed to be said about Balogh and King.
- L'avocat de la défense a invité le jury à rejeter complètement le témoignage de Balogh et de King. Dans son exposé au jury, il a utilisé des expressions telles que [TRADUCTION] «détente comique» et «incroyable». Il a dit au jury que King était un «fumiste», un «témoin mercenaire», une personne qui «saisir[ait] l'occasion de veiller avant tout à ses propres intérêts» et qui inventerait une histoire dans l'espoir d'obtenir un allègement de sa peine, sans égard au préjudice qu'elle causerait à autrui. Il a indiqué que King s'était servi des détails qu'il connaissait pour inventer une histoire complètement farfelue. L'avocat de la défense a qualifié Balogh de «triste personnage» qui n'était manifestement «pas bien dans sa peau» et qui servait «délibérément de repoussoir» à King. Il a indiqué que le récit de Balogh n'avait aucun sens et qu'il n'était pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit sur Balogh et King.
- 53 The Crown's position was that the respondent's guilt was the only reasonable conclusion arising from the evidence. Although Norma Jean was not a perfect mother, it was pointed out to the jury that she could not have been the source of the sperm found in Samantha's vagina and anus.
- Selon le ministère public, la culpabilité de l'intimé était la seule conclusion raisonnable à tirer de la preuve. On a fait remarquer au jury que, même si Norma Jean n'était pas une mère parfaite, le sperme trouvé dans le vagin et l'anus de Samantha ne pouvait pas provenir d'elle.
- 54 The Crown told the jury that the respondent was the only adult male with access to Samantha during the period that the unidentifiable sperm was
- Le ministère public a dit au jury que l'intimé était le seul homme adulte qui avait eu accès auprès de Samantha pendant la période où le

deposited and the injuries to the vagina and anus were incurred.

Crown counsel referred to Balogh and King as criminals with long criminal records. He referred to the fact that King had previously been a Crown witness and testified in an earlier murder trial. The Crown acknowledged that King had attempted to make a deal to avoid going to a federal penitentiary, and that even if he did not get that deal, the police had testified at his parole hearing to confirm that King's criminal history did not include violence. The Crown referred to Balogh's criminal record, but noted that he did not seek or get a deal.

The trial judge did not provide the "clear and sharp warning" directed by *Vetrovec*, that it would be dangerous to convict the respondent based on the evidence of Balogh and King unless corroborated by independent evidence. Nor did the trial judge refer to evidence capable of supporting their stories.

Neither counsel requested a specific *Vetrovec* warning in the charge to the jury and neither counsel objected to its omission.

II. Judgments in the Court of Appeal for Ontario

The majority of the Court of Appeal found that the trial judge erred in the exercise of his discretion by failing to give a *Vetrovec* warning. They concluded that both the Crown's case and the trial judge's charge were insufficient to justify the application of the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The appeal was allowed and a new trial ordered: (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Weiler J.A. dissented. In her view a *Vetrovec* warning was not required since Balogh's and

sperme, dont on ne pouvait pas déterminer la provenance, avait été déposé et où les blessures au vagin et à l'anus avaient été causées.

L'avocat du ministère public a qualifié Balogh et King de criminels au lourd casier judiciaire. Il a mentionné le fait que King avait déjà été témoin à charge et qu'il avait déposé dans un procès antérieur pour meurtre. Le ministère public a reconnu que King avait tenté de conclure un marché afin d'éviter l'incarcération dans un pénitencier fédéral, et que, même s'il n'avait pas réussi à conclure ce marché, la police était venue confirmer que les antécédents criminels de King ne comportaient aucun acte de violence, lors de son audience visant une libération conditionnelle. Le ministère public a fait état du casier judiciaire de Balogh, mais en soulignant qu'il ne cherchait pas à conclure un marché et qu'il n'en avait conclu aucun.

Le juge du procès n'a pas fait la «mise en garde claire et précise» prescrite par l'arrêt *Vetrovec*, selon laquelle il serait dangereux de déclarer l'intimé coupable sur la foi du témoignage de Balogh et de King, à moins que ce témoignage ne soit corroboré par une preuve indépendante. Il n'a également renvoyé à aucun élément de preuve susceptible d'étayer leurs récits.

Aucun des avocats n'a demandé que l'exposé au jury comporte une mise en garde explicite de type *Vetrovec* et aucun ne s'est opposé à l'absence d'une telle mise en garde.

II. Les jugements de la Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel à la majorité a conclu que le juge du procès avait exercé de façon erronée son pouvoir discrétionnaire en ne faisant pas une mise en garde de type *Vetrovec*. Elle a conclu que la preuve du ministère public et l'exposé du juge du procès étaient insuffisants pour justifier l'application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. L'appel a été accueilli et un nouveau procès ordonné: (1998), 41 O.R. (3d) 661.

Le juge Weiler était dissident. À son avis, une mise en garde de type *Vetrovec* n'était pas néces-

55

56

57

58

59

King's testimony was relatively unimportant to the Crown's case. In addition, the details of the testimony in the context of the case were sufficiently reliable to overcome the difficulties presented by their unsavoury character. She concluded that the trial judge's charge sufficiently alerted the jury to the frailties of their evidence.

III. Points in Issue

60 As noted the following issues arise:

1. Was there a need for the trial judge to provide a *Vetrovec* warning to the jury?
2. If so, was that warning or its equivalent given?
3. If the answer to question two is no, can s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* be applied?
4. If the answer to question three is yes, ought s. 686(1)(b)(iii) be applied to cure the error?

IV. Analysis

61 The analysis will be in the following order:

- A. History of the *Vetrovec* Rule
- B. Is the Failure to Give a *Vetrovec* Warning a Potential Error of Law or Miscarriage of Justice?
- C. Was There a Need for the Trial Judge to Provide a *Vetrovec* Warning to the Jury?
- D. Was an Equivalent Warning Given?
- E. Defence Counsel's Failure to Request a *Vetrovec* Warning
- F. Should s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* Be Applied to Cure the Error?

A. *History of the Vetrovec Rule*

62 The historical roots of the *Vetrovec* warning are traceable to the early common law rule which disqualified the testimony of anyone convicted of a

saire vu que le témoignage de Balogh et de King était relativement peu important pour la preuve du ministère public. En outre, les détails du témoignage dans le contexte de l'affaire étaient suffisamment dignes de foi pour surmonter les difficultés posées par leur honnêteté douteuse. Elle a conclu que l'exposé du juge du procès avait suffisamment sensibilisé le jury aux faiblesses de leur témoignage.

III. Les questions litigieuses

Comme nous l'avons vu, les questions litigieuses qui se posent sont les suivantes:

1. Le juge du procès était-il tenu de faire une mise en garde de type *Vetrovec* au jury?
2. Dans l'affirmative, cette mise en garde ou une mise en garde équivalente a-t-elle été faite?
3. Si la réponse à la deuxième question est négative, le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* est-il applicable?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 686(1)(b)(iii) devrait-il être appliqué pour réparer l'erreur commise?

IV. Analyse

L'analyse sera effectuée dans l'ordre suivant:

- A. Historique de la règle de l'arrêt *Vetrovec*
- B. L'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* peut-elle constituer une erreur de droit ou une erreur judiciaire?
- C. Le juge du procès était-il tenu de faire une mise en garde de type *Vetrovec* au jury?
- D. Y a-t-il eu une mise en garde équivalente?
- E. L'omission de l'avocat de la défense de solliciter une mise en garde de type *Vetrovec*
- F. Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* devrait-il être appliqué pour réparer l'erreur commise?

A. *Historique de la règle de l'arrêt Vetrovec*

La mise en garde de type *Vetrovec* remonte à l'ancienne règle de common law qui excluait le témoignage de quiconque avait été déclaré coupa-

felony. The rule was reflected in several decisions of the early 1600s, including that of Coke C.J. in *Brown v. Crashaw* (1613), 2 Bulstr. 154, 80 E.R. 1028, where it was held that the evidence of a person formerly convicted of a felony was to be rejected in all cases.

A policy rationale underlying the rule excluding the evidence of “persons of infamy” from legal proceedings was to continue the punishment of the person excluded. It was also based upon a theory of moral turpitude. In 1727, Chief Baron Gilbert explained the rationale as follows (cited in J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (2nd ed. 1923), vol. I, at p. 934):

... where a man is convicted of falsehood and other crimes against common principles of honesty and humanity, his oath is of no weight, because he hath not the credit of a witness, ... and he is rather to be intended as a man profligate and abandoned than one under the sentiments and convictions of those principles that teach probity and veracity.

The rigidity of excluding such evidence resulted almost immediately in exceptions being made (see *R. v. Rudd* (1775), 1 Cowp. 331, 98 E.R. 1114).

By the 19th century, while convictions could be based upon such evidence, judges generally advised juries that it would be dangerous to convict a prisoner upon the testimony of an accomplice unless corroborated by independent evidence. See *R. v. Jones* (1809), 2 Camp. 131, 170 E.R. 1105, *per* Lord Ellenborough, at p. 1106 E.R.:

No one can seriously doubt that a conviction is legal, though it proceed upon the evidence of an accomplice only. Judges in their discretion will advise a jury not to believe an accomplice, unless he is confirmed, or only in as far as he is confirmed; but if he is believed, his

ble d’une infraction majeure (*felony*). Cette règle se retrouve dans plusieurs décisions du début du XVII^e siècle, dont *Brown c. Crashaw* (1613), 2 Bulstr. 154, 80 E.R. 1028, dans laquelle le juge en chef Coke a conclu que le témoignage d’une personne qui avait déjà été déclarée coupable d’une infraction majeure devait être rejeté dans tous les cas.

Une raison de principe qui sous-tendait la règle excluant le témoignage en justice des [TRADUCTION] «personnes infâmes» était de continuer de punir la personne dont le témoignage était exclu. Cette règle s’appuyait également sur une théorie de turpitude morale. En 1727, le juge en chef baron Gilbert en a expliqué ainsi la raison d’être (cité dans J. H. Wigmore, *Evidence in Trials at Common Law* (2^e éd. 1923), vol. I, à la p. 934):

[TRADUCTION] ... lorsqu’un homme est déclaré coupable de mensonge ou d’un autre crime contre les principes reconnus d’honnêteté et d’humanité, son serment n’a aucune valeur parce qu’il n’a pas la crédibilité d’un témoin, [...] et il doit être considéré comme une personne débauchée et dévergondée plutôt que comme une personne qui adhère aux principes qui enseignent la probité et la véracité.

La rigidité de la règle d’exclusion de ces témoignages a entraîné presque immédiatement l’établissement d’exceptions (voir *R. c. Rudd* (1775), 1 Cowp. 331, 98 E.R. 1114).

Au XIX^e siècle, même si des déclarations de culpabilité pouvaient reposer sur de tels témoignages, les juges informaient généralement le jury qu’il serait dangereux de déclarer un prisonnier coupable sur la foi du témoignage d’un complice, à moins que ce témoignage ne soit corroboré par une preuve indépendante. Voir *R. c. Jones* (1809), 2 Camp. 131, 170 E.R. 1105, lord Ellenborough, à la p. 1106 E.R.:

[TRADUCTION] Personne ne peut douter sérieusement de la légalité d’une déclaration de culpabilité, même si celle-ci repose uniquement sur le témoignage d’un complice. Dans l’exercice de leur pouvoir discrétionnaire, les juges informeront le jury de ne pas croire un complice, à moins que son témoignage ne soit corroboré ou dans la seule mesure où il l’est; mais si on croit le com-

63

64

testimony is unquestionably sufficient to establish the facts which he deposes.

(See also *R. v. Barnard* (1823), 1 Car. & P. 87, 171 E.R. 1113, and *R. v. Wilkes* (1836), 7 Car. & P. 272, 173 E.R. 120.)

65 At the same time, the shortcomings of the aforementioned general exclusionary rule were recognized. Criticism of the rule pointed out that the punishment of the exclusion had not fallen upon the witness disqualified, but upon all persons who had need of the evidence (J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1827), vol. 5, at pp. 87-88). It was obvious that the rule was based not only upon the notion that such witnesses were incapable of telling the truth, but also upon the presumption that juries were incapable of recognizing a lie.

66 The general rule of exclusion was abrogated in England in 1843 by *An Act for improving the Law of Evidence* ("Lord Denman's Act"), 6 & 7 Vict., c. 85, and in Canada in 1893 by *The Canada Evidence Act, 1893*, S.C. 1893, c. 31. The effect was that accomplices became competent witnesses.

67 The practice of jury warnings persisted beyond the passage of *Lord Denman's Act*. Although initially a discretionary measure, the practice eventually evolved into a firm rule of law (see *R. v. Tate*, [1908] 2 K.B. 680 (C.C.A.), where it was held that the failure on the part of the trial judge to give the warning would necessitate quashing the conviction). This was the Canadian position from *R. v. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658, until the 1982 *Vetrovec* decision of this Court.

68 The decision of Dickson J. (later C.J.) in *Vetrovec* varied the law in several respects. The *Vetrovec* case did away with what were seen as cumbersome and technical definitions of "accomplice" and "corroboration". Rather than attempting to "pigeonhole" a witness as falling within or without the definition of an accomplice, it was held that trial judges ought to consider all of the factors

plíce, son témoignage est incontestablement suffisant pour établir les faits dont il témoigne.

(Voir également *R. c. Barnard* (1823), 1 Car. & P. 87, 171 E.R. 1113, et *R. c. Wilkes* (1836), 7 Car. & P. 272, 173 E.R. 120.)

On reconnaissait, par la même occasion, les faiblesses de cette règle générale d'exclusion. Les gens qui ont critiqué la règle ont souligné que l'exclusion punissait non pas le témoin qui était exclu, mais plutôt toutes les personnes qui avaient besoin de sa déposition (J. Bentham, *Rationale of Judicial Evidence* (1827), vol. 5, aux pp. 87 et 88). Il était évident que la règle reposait non seulement sur l'idée que de tels témoins étaient incapables de dire la vérité, mais aussi sur la présomption que les membres d'un jury étaient incapables de reconnaître un mensonge.

En Angleterre, la règle générale d'exclusion a été abrogée en 1843 par *An Act for improving the Law of Evidence* («*Lord Denman's Act*»), 6 & 7 Vict., ch. 85, et au Canada, elle l'a été en 1893 par l'*Acte de la preuve en Canada, 1893*, S.C. 1893, ch. 31. Les complices devenaient par le fait même habiles à témoigner.

La pratique des mises en garde au jury s'est poursuivie après l'adoption de la *Lord Denman's Act*. Même si elle constituait au départ une mesure discrétionnaire, cette pratique a fini par devenir une règle de droit établie (voir la décision *R. c. Tate*, [1908] 2 K.B. 680 (C.C.A.), où l'on a conclu que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde obligerait à annuler la déclaration de culpabilité). Tel est le point de vue qui a prévalu au Canada entre la décision *R. c. Baskerville*, [1916] 2 K.B. 658, et l'arrêt *Vetrovec* rendu par notre Cour en 1982.

La décision du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Vetrovec* a modifié le droit à plusieurs égards. L'arrêt *Vetrovec* a aboli ce qui était alors perçu comme des définitions lourdes et techniques des mots «complice» et «corroboration». Au lieu de tenter de classer un témoin comme relevant ou ne relevant pas de la définition d'un complice, il a été décidé que le juge du procès devrait examiner

which might impair the credibility of a particular witness and accordingly decide whether a special instruction was necessary.

Similarly, the trial judge did not have to apply the technical definition of corroboration. Instead, the trial judge was required to consider whether the evidence properly weighed overcame its suspicious roots. This new approach, while a change, was not intended to prejudice the accused. It would not lessen the protection afforded the accused when faced with unsavoury witnesses. Equally, it was intended that the jury could view that evidence with more ease but not less scepticism than previously required.

In *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, this Court recognized that the long-standing technicalities had been removed and that a caution to the jury was a matter of the trial judge's discretion and not required in all cases of unsavoury witnesses. It was also recognized that there are cases where a *Vetrovec* caution is required. The failure of the court to give the caution where required is a misdirection.

B. *Is the Failure to Give a Vetrovec Warning a Potential Error of Law or Miscarriage of Justice?*

The appellant submitted that the majority decision in the Court of Appeal mistakenly assessed the *Vetrovec* issue as a potential error of law under s. 686(1)(a)(ii) of the *Code* rather than a potential miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii). If the majority's approach was correct, the trial judge's failure to give a *Vetrovec* warning constituted an error of law. The curative provision of s. 686(1)(b)(iii) then would have arisen and required the Crown to establish that the verdict would necessarily have been the same in spite of the error.

On the other hand, if the failure of the trial judge amounted to a miscarriage of justice under s. 686(1)(a)(iii), the curative provision had no

tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier, pour ensuite décider si une directive particulière est nécessaire.

De même, le juge du procès n'était pas tenu d'appliquer la définition technique du mot «corroboration». Il devait plutôt examiner si le témoignage, évalué de façon appropriée, surmontait ses origines suspectes. Même si elle constituait un changement, cette nouvelle approche ne visait pas à porter préjudice à l'accusé. Elle ne diminuerait pas la protection dont il bénéficiait lorsqu'il était confronté à des témoins douteux. On voulait également que le jury puisse examiner cet élément de preuve plus facilement, mais avec autant de scepticisme qu'auparavant.

Dans l'arrêt *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, notre Cour a reconnu que les formalités bien établies avaient été supprimées et que la mise en garde au jury relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n'était pas requise dans tous les cas de témoins douteux. On a également reconnu qu'il y a des cas où une mise en garde de type *Vetrovec* s'impose. L'omission du tribunal de faire la mise en garde qui s'impose constitue une directive erronée.

B. *L'omission de faire une mise en garde de type Vetrovec peut-elle constituer une erreur de droit ou une erreur judiciaire?*

L'appelante a prétendu que la Cour d'appel à la majorité a eu tort de considérer que la question relative à l'arrêt *Vetrovec* pouvait constituer une erreur de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) du *Code* au lieu d'une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii). Si le point de vue des juges majoritaires était exact, l'omission du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetrovec* serait une erreur de droit. La disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) entrerait alors en jeu, ce qui obligerait le ministère public à établir que le verdict aurait nécessairement été le même nonobstant l'erreur commise.

Par ailleurs, si l'omission du juge du procès était une erreur judiciaire au sens du sous-al. 686(1)(a)(iii), la disposition réparatrice ne s'appli-

69

70

71

72

application and the remedy would have been to allow the appeal and order a new trial or enter an acquittal.

73

The *Criminal Code* provisions read:

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

74

The nature of the trial judge's decision to provide the jury with a warning was described by Dickson J. in *Vetrovec* at p. 831:

Because of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness.

75

Two post-*Vetrovec* decisions of this Court suggested that the matter was not a question of law, and therefore not subject to review under s. 686(1)(a)(ii): see *R. v. Hayes*, [1989] 1 S.C.R. 44, and *R. v. Pittman*, [1994] 1 S.C.R. 148. However, in *Bevan*, this Court held that the trial judge's failure to give a *Vetrovec* warning was an error of law and that the prejudice occasioned by the error

querait pas et la réparation consisterait à accueillir le pourvoi et à ordonner un nouveau procès, ou à inscrire un verdict d'acquiescement.

Les dispositions du *Code criminel* prévoient:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

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

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appellant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Dans l'arrêt *Vetrovec*, à la p. 831, le juge Dickson a décrit ainsi la nature de la décision du juge du procès de faire une mise en garde au jury:

À cause de l'infinie variété des circonstances qui se présentent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions.

Dans deux arrêts rendus après l'arrêt *Vetrovec*, notre Cour a indiqué que cette question n'était pas une question de droit et qu'elle n'était donc pas susceptible d'examen fondé sur le sous-al. 686(1)(a)(ii): voir *R. c. Hayes*, [1989] 1 R.C.S. 44, et *R. c. Pittman*, [1994] 1 R.C.S. 148. Toutefois, dans l'arrêt *Bevan*, notre Cour a décidé que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde

could be assessed under the curative provision of s. 686(1)(b)(iii).

This Court was invited by the Crown to adopt the approach suggested in *Hayes* and *Pittman*, that the failure to give the warning is a miscarriage of justice, rather than that adopted in *Bevan* that it is an error of law. In striving to determine the preferable rule, it bears noting that the *Hayes* case, decided in 1989, pre-dates *Bevan*. Moreover, I read the decision of L'Heureux-Dubé J. for the majority in *Hayes* as being equivocal with respect to this issue (see p. 48). The post-*Bevan* case of *Pittman* made a simple assertion that in the circumstances of that case, the failure to give a *Vetrovec* warning only raised the possibility of a miscarriage of justice. While there may be cases in which the failure to warn will result in a miscarriage of justice, the usual result of such failure is an error of law subject to the curative provision.

There was no persuasive submission made to depart from the principles adopted in *Bevan*. Errors and omissions in jury charges have consistently been treated as errors of law under s. 686(1)(a)(ii) and its predecessors: see *Veullette v. The King* (1919), 58 S.C.R. 414; *Manchuk v. The King*, [1938] S.C.R. 341; *Hebert v. The Queen*, [1955] S.C.R. 120; *Brown v. The Queen*, [1962] S.C.R. 371; *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *McFall v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 321; *Olbey v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1008; *Young v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 39; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3; *R. v. Romeo*, [1991] 1 S.C.R. 86; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697; *R. v. Livermore*, [1995] 4 S.C.R. 123; *R. v. G. (R.M.)*, [1996] 3 S.C.R. 362; *R. v. Hinchey*, [1996] 3 S.C.R. 1128; *R. v. Jacquard*, [1997] 1 S.C.R. 314; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320.

The approach in *Bevan* is consistent with the application of a *Vetrovec* warning to the use of

de type *Vetrovec* était une erreur de droit et que le préjudice causé par cette erreur pouvait être évalué en application de la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii).

Le ministère public a invité notre Cour à adopter le point de vue proposé dans les arrêts *Hayes* et *Pittman*, selon lequel l'omission de faire la mise en garde est une erreur judiciaire, au lieu de celui de l'arrêt *Bevan* selon lequel cette omission est une erreur de droit. Pour décider quelle règle est préférable, il convient de noter que l'arrêt *Hayes*, rendu en 1989, précède l'arrêt *Bevan*. J'estime, en outre, que les motifs majoritaires du juge L'Heureux-Dubé, dans *Hayes*, sont équivoques sur ce point (voir p. 48). Dans l'arrêt *Pittman*, rendu après l'arrêt *Bevan*, notre Cour a simplement affirmé que, dans les circonstances de cette affaire, l'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* n'avait soulevé que la possibilité d'une erreur judiciaire. Bien qu'il puisse y avoir des cas où l'omission de faire une mise en garde entraîne une erreur judiciaire, une telle omission donne généralement lieu à une erreur de droit qui est assujettie à la disposition réparatrice.

Aucun argument qui convainque de déroger aux principes adoptés dans l'arrêt *Bevan* n'a été avancé. Les erreurs et les omissions dans des exposés au jury ont toujours été considérées comme des erreurs de droit au sens du sous-al. 686(1)(a)(ii) et des dispositions qui l'ont précédé: voir *Veullette c. The King* (1919), 58 R.C.S. 414; *Manchuk c. The King*, [1938] R.C.S. 341; *Hebert c. The Queen*, [1955] R.C.S. 120; *Brown c. The Queen*, [1962] R.C.S. 371; *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *McFall c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 321; *Olbey c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1008; *Young c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 39; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3; *R. c. Romeo*, [1991] 1 R.C.S. 86; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697; *R. c. Livermore*, [1995] 4 R.C.S. 123; *R. c. G. (R.M.)*, [1996] 3 R.C.S. 362; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128; *R. c. Jacquard*, [1997] 1 R.C.S. 314; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320.

Le point de vue adopté dans l'arrêt *Bevan* est compatible avec l'application d'une mise en garde

76

77

78

children's testimony in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, children being a group whose evidence historically had required corroboration.

C. Was There a Need for the Trial Judge to Provide a Vetovec Warning to the Jury?

(1) Approach to the Vetovec Warning

79

The "common sense" approach to this issue was described by Dickson J. in *Vetovec* as follows at p. 823:

Rather than attempting to pigeon-hole a witness into a category and then recite a ritualistic incantation, the trial judge might better direct his mind to the facts of the case, and thoroughly examine all the factors which might impair the worth of a particular witness. If, in his judgment, the credit of the witness is such that the jury should be cautioned, then he may instruct accordingly. If, on the other hand, he believes the witness to be trustworthy, then regardless of whether the witness is technically an "accomplice" no warning is necessary.

Additional commentary is found in *Bevan* (at pp. 614-15):

While under *Vetovec* a caution to the jury is a matter of the trial judge's discretion and is not required in all cases involving testimony of accomplices or accessories after the fact, there are some cases in which the circumstances may be such that a *Vetovec* caution must be given. The trial judge's discretion whether to give a *Vetovec* warning should generally be given wide latitude by appellate courts. But in my respectful view a *Vetovec* caution was clearly required in this case with respect to the testimony of both Dietrich and Belmont.

Both of them had lengthy criminal records, had strong motivations to lie, and approached the police only when each perceived that some benefit — such as release from prison, a discontinuation of charges against them, or cash payments — could be obtained in exchange for their testimony. Both of them explicitly told the police at the time they came forward that they were seeking a "deal" in exchange for their evidence against the appellants. Moreover, the evidence of Belmont and Dietrich

de type *Vetovec* à l'utilisation du témoignage d'un enfant, qui a été faite dans l'arrêt *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223 — les enfants constituant un groupe dont le témoignage devait être corroboré dans le passé.

C. Le juge du procès était-il tenu de faire une mise en garde de type Vetovec au jury?

(1) Façon d'aborder la mise en garde de type Vetovec

Dans l'arrêt *Vetovec*, à la p. 823, le juge Dickson a décrit ainsi la façon sensée d'aborder cette question:

Plutôt que de tenter de classer un témoin dans une catégorie et de réciter ensuite des incantations rituelles, le juge du procès ferait mieux de s'attacher aux faits de la cause et d'examiner tous les facteurs susceptibles de porter atteinte à la crédibilité d'un témoin en particulier. Si, d'après lui, la crédibilité du témoin exige que le jury soit mis en garde, il peut alors donner des directives à cet effet. Si, d'autre part, il estime que le témoin est digne de foi, que ce dernier soit formellement un «complice» ou non, aucune mise en garde n'est nécessaire.

On trouve d'autres commentaires dans l'arrêt *Bevan* (aux pp. 614 et 615):

Même si, aux termes de l'arrêt *Vetovec*, la mise en garde au jury relève du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et n'est pas nécessaire dans tous les cas où il est question des témoignages de complices du fait ou de complices après le fait, il arrive parfois que les circonstances exigent que l'on fasse une mise en garde de type *Vetovec*. Les tribunaux d'appel devraient généralement interpréter de façon libérale le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetovec*. Mais à mon avis, une telle mise en garde était manifestement nécessaire dans la présente affaire en ce qui concernait les témoignages de Dietrich et de Belmont.

Tous deux avaient un lourd casier judiciaire et de bonnes raisons de mentir, et ils n'ont communiqué avec la police que lorsqu'ils ont cru que leurs témoignages pourraient leur procurer un avantage, comme une mise en liberté, un abandon des accusations portées contre eux ou des paiements en argent. Au moment où ils se sont présentés, ils ont tous deux mentionné explicitement à la police qu'ils cherchaient à conclure un marché en échange de leurs témoignages contre les appelants.

was incriminating to the appellants, and crucial to the Crown's case.

I agree with the view expressed in "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term" (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421. The author, M. Rosenberg (now Rosenberg J.A.), concluded that *Vetrovec* and *Bevan* require the trial judge to focus on two different elements of the case in determining whether or not a warning is necessary. At p. 463 he stated:

The judge should first in an objective way determine whether there is a reason to suspect the credibility of the witness according to the traditional means by which such determinations are made. This would include a review of the evidence to determine whether there are factors which have properly led the courts to be wary of accepting a witness's evidence. Factors might include involvement of criminal activities, a motive to lie by reason of connection to the crime or to the authorities, unexplained delay in coming forward with the story, providing different accounts on other occasions, lies told under oath, and similar considerations. It is not then whether the trial judge personally finds the witness trustworthy but whether there are factors which experience teaches that the witness's story be approached with caution. Second, the trial judge must assess the importance of the witness to the Crown's case. If the witness plays a relatively minor role in the proof of guilt it is probably unnecessary to burden the jury with a special caution and then review the confirmatory evidence. However, the more important the witness the greater the duty on the judge to give the caution. At some point, as where the witness plays a central role in the proof of guilt, the warning is mandatory. This, in my view, flows from the duty imposed on the trial judge in criminal cases to review the evidence and relate the evidence to the issues:

In summary, two main factors are relevant when deciding whether a *Vetrovec* warning is necessary: the witness's credibility, and the importance of the witness's testimony to the Crown's case. No specific threshold need be met on either factor before a warning becomes necessary. Instead, where the

En outre, les témoignages de Belmont et de Dietrich incriminaient les appelants et constituaient un élément crucial de la preuve du ministère public.

Je partage l'opinion exprimée dans «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term» (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421. L'auteur, M. Rosenberg (maintenant juge d'appel), a conclu que les arrêts *Vetrovec* et *Bevan* exigent que le juge du procès se concentre sur deux différents aspects de l'affaire pour déterminer si une mise en garde s'impose. Il a affirmé, à la p. 463:

[TRADUCTION] En premier lieu, le juge doit décider, de manière objective et en recourant aux moyens classiques de le faire, s'il y a une raison de douter de la crédibilité du témoin. Cela implique un examen de la preuve en vue de déterminer s'il y a des facteurs qui ont, à juste titre, amené les tribunaux à hésiter à accepter la déposition d'un témoin. Ces facteurs pourraient comprendre la participation à des activités criminelles, l'existence d'un motif de mentir en raison d'un lien avec le crime ou les autorités, le retard inexplicé mis pour venir présenter sa version des faits, la présentation de versions différentes à d'autres occasions, les déclarations mensongères sous serment et d'autres considérations semblables. Il s'agit donc non pas de savoir si le juge du procès estime personnellement que le témoin est digne de foi, mais plutôt de savoir s'il existe des facteurs qui, d'après ce que l'expérience enseigne, exigent d'aborder avec circonspection le récit du témoin. En second lieu, le juge du procès doit évaluer l'importance que revêt le témoin pour la preuve du ministère public. Si le témoin joue un rôle relativement mineur dans l'établissement de la culpabilité, il ne sera probablement pas nécessaire de faire une mise en garde particulière au jury et d'examiner ensuite la déposition corroborante. Cependant, plus le témoin est important, plus le juge du procès est tenu de faire la mise en garde. À un certain point, comme dans le cas où le témoin joue un rôle central dans l'établissement de la culpabilité, la mise en garde est obligatoire. Je suis d'avis que cela découle de l'obligation qui incombe au juge, dans un procès criminel, d'examiner les éléments de preuve et de les rattacher aux questions en litige.

En résumé, deux principaux facteurs sont pertinents pour décider si une mise en garde de type *Vetrovec* est nécessaire: la crédibilité du témoin et l'importance que revêt la déposition du témoin pour la preuve du ministère public. Ni l'un ni l'autre facteur n'exige qu'une condition préalable

witness is absolutely essential to the Crown's case, more moderate credibility problems will warrant a warning. Where the witness has overwhelming credibility problems, a warning may be necessary even if the Crown's case is a strong one without the witness's evidence. In short, the factors should not be looked to independently of one another but in combination.

(2) Recommendations of the Kaufman Report

81

Since the decisions of this Court in *Vetrovec* and *Bevan*, the extreme dangers of relying on the use of "jailhouse informers" as witnesses in criminal prosecutions has been highlighted in the Report of *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin* (the "*Kaufman Report*") released in 1998 where the Honourable Fred Kaufman, C.M., Q.C., stated at p. 602:

In-custody informers are almost invariably motivated by self-interest. They often have little or no respect for the truth or their testimonial oath or affirmation. Accordingly, they may lie or tell the truth, depending only upon where their perceived self-interest lies. In-custody confessions are often easy to allege and difficult, if not impossible, to disprove.

and at p. 638:

The evidence at this Inquiry demonstrates the inherent unreliability of in-custody informer testimony, its contribution to miscarriages of justice and the substantial risk that the dangers may not be fully appreciated by the jury. In my view, the present law has developed to the point that a cautionary instruction is virtually mandated in cases where the in-custody informer's testimony is contested: see *R. v. Simmons*, [[1998] O.J. No. 152 (QL) (C.A.)]; *R. v. Bevan*, [(1993), 82 C.C.C. (3d) 310].

Since the release of the *Kaufman Report*, the Ministry of the Attorney General of Ontario has revised its internal policies to reflect many of the Report's recommendations. New policies include

particulière soit remplie pour qu'une mise en garde devienne nécessaire. Au contraire, des problèmes de crédibilité moins prononcés justifient une mise en garde lorsque le témoin est absolument essentiel à la preuve du ministère public. Si le témoin éprouve de graves problèmes de crédibilité, une mise en garde peut se révéler nécessaire même si la preuve du ministère public est solide sans la déposition de ce témoin. Bref, ces facteurs doivent être examinés ensemble et non pas indépendamment l'un de l'autre.

(2) Recommandations du rapport Kaufman

Depuis que notre Cour a rendu les arrêts *Vetrovec* et *Bevan*, le rapport de la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin* (le «rapport Kaufman»), publié en 1998, a souligné les risques extrêmes que comporte le recours à des «dénoncateurs sous garde» («informateurs dans un établissement de détention») comme témoins dans des poursuites criminelles. L'honorable Fred Kaufman, C.M., c.r., y écrit, à la p. 698:

Les dénonciateurs sous garde sont presque toujours motivés par leur intérêt personnel. Ils ont peu ou pas de respect pour la vérité ou pour le caractère sacré de leur serment ou de leur témoignage. Ils peuvent donc mentir ou dire la vérité, strictement selon leur intérêt personnel tel qu'ils le perçoivent. Il est souvent facile d'alléguer avoir recueilli une confession en milieu carcéral et difficile, voire impossible, de démontrer la fausseté de l'allégation.

Puis, à la p. 741:

La preuve déposée devant la Commission démontre le manque de fiabilité inhérent aux témoignages des dénonciateurs sous garde, leur rôle dans des erreurs judiciaires et le risque considérable que le jury ne tienne pas pleinement compte des dangers que comportent ces témoignages. À mon avis, le droit actuel a évolué au point où une mise en garde est pratiquement obligatoire dans les affaires où le témoignage d'un dénonciateur sous garde est contesté (voir *R. v. Simmons* [[1998] O.J. No. 152 (QL) (C.A.)]; *R. v. Bevan* [(1993), 82 C.C.C. (3d) 310].

Depuis la publication du rapport Kaufman, le ministère du Procureur général de l'Ontario a révisé ses politiques internes afin de mettre en œuvre un bon nombre des recommandations du

the establishment of an “In-Custody Informer Committee”, the function of which is to review the use of all in-custody informers in criminal trials to determine whether their use as a witness is in the public interest.

The Ministry has also adopted into its Policy Manual the *Kaufman Report*'s recommended list of factors to be considered in assessing an informer's reliability or lack thereof. The factors also serve as a useful guide to a trial judge when determining whether a *Vetrovec* warning is necessary. The list is at pp. 607-9 and may be paraphrased as follows:

1. The extent to which the statement is confirmed by independent evidence;
2. The specificity of the alleged statement. For example, a claim that the accused said “I killed A.B.” is easy to make but extremely difficult for any accused to disprove;
3. The extent to which the statement contains details and leads to the discovery of evidence known only to the perpetrator;
4. The degree of access that the in-custody informer has to sources of outside information (e.g. media reports, preliminary inquiry transcripts, etc.);
5. The informer's general character, which may be evidenced by his or her criminal record or other disreputable conduct;
6. Any request the informer has made for special benefits and any promises that may have been made;
7. Whether the informer has in the past given reliable information to the authorities;
8. Whether the informer has previously claimed to have received statements while in custody;

rapport. Les nouvelles politiques comprennent la mise sur pied d'un [TRADUCTION] «comité chargé de la question des informateurs dans un établissement de détention», ayant pour mission d'examiner le recours aux informateurs dans un établissement de détention lors de poursuites criminelles, afin de décider si leur utilisation en tant que témoins est dans l'intérêt public.

Le Ministère a également intégré dans son guide des politiques la liste de facteurs que le rapport Kaufman recommande d'examiner pour évaluer la crédibilité de l'informateur. Ces facteurs servent également de guides utiles au juge du procès appelé à déterminer si une mise en garde de type *Vetrovec* s'impose. Cette liste, qui se trouve aux pp. 704 à 707, peut être paraphrasée ainsi:

1. La mesure dans laquelle la déclaration est confirmée par une preuve indépendante.
2. Le caractère spécifique de la présumée déclaration. À titre d'exemple, l'allégation selon laquelle l'accusé a affirmé «J'ai tué A.B.» est facile à faire, mais très difficile à réfuter pour l'accusé.
3. La mesure dans laquelle la déclaration renferme des détails et mène à la découverte d'éléments de preuve que seul l'auteur de l'infraction connaît.
4. L'accès que l'informateur dans un établissement de détention a à des sources de renseignements extérieures (par exemple, les rapports des médias, les transcriptions de l'enquête préliminaire, etc.).
5. La réputation générale de l'informateur, qui peut ressortir de son casier judiciaire ou d'autres comportements répréhensibles.
6. Toute demande présentée par l'informateur en vue de bénéficier d'avantages particuliers et toute promesse qui a pu être faite.
7. La question de savoir si l'informateur a déjà fourni des renseignements fiables aux autorités.
8. La question de savoir si l'informateur a déjà dit avoir reçu des déclarations pendant qu'il était en détention.

- | | |
|--|---|
| <p>9. Whether the informer has previously testified in any court proceeding and the accuracy or reliability of that evidence, if known;</p> <p>10. Whether the informer made some written or other record of the words allegedly spoken by the accused and, if so, whether the record was made contemporaneously with the alleged statement of the accused;</p> <p>11. The circumstances under which the informer's report of the alleged statement was taken (i.e., how soon after it was made and to more than one officer, etc.);</p> <p>12. The manner in which the report was taken by the police;</p> <p>13. Any other known evidence that may attest or diminish the credibility of the informer, including the presence or absence of any relationship between the accused and the informer;</p> <p>14. Any relevant information contained in any registry of informers.</p> | <p>9. La question de savoir si l'informateur a déjà témoigné dans des poursuites judiciaires, et l'exactitude ou la fiabilité de ce témoignage, si elle est connue.</p> <p>10. La question de savoir si l'informateur a consigné par écrit ou autrement les mots qu'aurait prononcés l'accusé et, le cas échéant, s'il les a consignés à la même époque que la présumée déclaration de l'accusé.</p> <p>11. Les circonstances dans lesquelles le rapport de la présumée déclaration a été fait par l'informateur (c'est-à-dire combien de temps après la déclaration a-t-il été fait, et a-t-il été présenté à plus d'un agent, etc.).</p> <p>12. La façon dont ce rapport a été dressé par les policiers.</p> <p>13. Tout autre témoignage connu pouvant attester de la crédibilité de l'informateur ou y porter atteinte, y compris la présence ou l'absence d'un lien quelconque entre l'accusé et l'informateur.</p> <p>14. Tout renseignement pertinent contenu dans un registre d'informateurs.</p> |
|--|---|

Another useful factor not expressly referred to in the *Kaufman Report*, but added to the list in the Attorney General for Ontario's Policy Manual is the following:

- | | |
|--|--|
| <p>15. Any medical or psychiatric reports concerning the in-custody informer where relevant. . . .</p> | <p>Un autre facteur utile, qui n'est pas mentionné expressément dans le rapport Kaufman mais qui a été ajouté à la liste du guide des politiques du ministère du Procureur général de l'Ontario, est le suivant:</p> |
|--|--|

[TRANSDUCTION]

- | | |
|---|--|
| <p>15. Tout rapport médical ou psychiatrique concernant l'informateur dans un établissement de détention, lorsque cela est pertinent. . .</p> | |
|---|--|

83

The trial judge in this case did not have the benefit of this report. However, with its availability trial judges should consider such factors as these in determining whether or not a *Vetrovec* warning is necessary in the circumstances of a particular trial.

En l'espèce, le juge du procès ne bénéficiait pas du rapport Kaufman. Toutefois, maintenant qu'il est disponible, les juges du procès devraient tenir compte de facteurs comme ceux-ci pour décider si une mise en garde de type *Vetrovec* s'impose dans les circonstances d'un procès donné.

(3) Application to the Facts of This Case

(3) Application aux faits de la présente affaire

(a) *Credibility of the Witnesses*

a) *Crédibilité des témoins*

84

A careful consideration of the factors relevant to the first stage of the *Vetrovec* inquiry makes it

Il ressort d'un examen attentif des facteurs pertinents pour décider si une mise en garde de type

obvious that the credibility of Balogh and King was inherently suspect. While the trial judge has a wide discretion in determining whether a warning should be given, such discretion must be reasonably exercised. In my view, the risks associated with the use of jailhouse informers, coupled with the character of the witnesses and the conditions to be considered in the *Kaufman Report*, should have on a reasonable exercise of discretion lead the trial judge to give a *Vetrovec* warning.

It is worth reviewing again and in greater detail the personality and character of the jailhouse informers, in this appeal, who were cellmates at the relevant time. Balogh was 32 at the time of trial yet had 25 criminal convictions. These included convictions for break, enter and theft, possession of property obtained by crime, theft over \$200, mischief to private property, being unlawfully at large, dangerous driving, taking an automobile without the owner's consent, breach of probation, failing to appear at court, failing to comply with recognizances, and possession of a substance contrary to the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1.

King, for his part, admitted that he was a career burglar. Although he was only 24 at the time of trial, his record already included 18 convictions for break, enter and theft.

Balogh and King had both offered to testify against other accuseds on earlier occasions. Although Balogh had never, in fact, been called to testify, he had come forward with information three times. On one of these occasions, he had alleged that a police sergeant and an inmate had conspired to fabricate a case against an accused, an allegation later proved to have been the product of his paranoia. Two years prior to the respondent's trial, King had testified against a former school-

Vetrovec s'impose au départ que la crédibilité de Balogh et de King était intrinsèquement douteuse. Bien que le juge du procès jouisse d'un large pouvoir discrétionnaire de décider s'il y a lieu de faire une mise en garde, il est tenu d'exercer ce pouvoir de manière raisonnable. À mon avis, les risques liés au recours à des informateurs dans un établissement de détention, conjugués avec la réputation des témoins et les conditions qui doivent être prises en compte selon le rapport Kaufman, auraient dû amener le juge du procès à faire une mise en garde de type *Vetrovec* dans le cadre d'un exercice raisonnable de son pouvoir discrétionnaire.

Il convient d'examiner de nouveau de façon plus détaillée la personnalité et la réputation des informateurs en cause dans le présent pourvoi, qui étaient des compagnons de cellule à l'époque pertinente. Balogh était âgé de 32 ans au moment du procès et pourtant il avait déjà fait l'objet de 25 déclarations de culpabilité criminelle. Il avait notamment été déclaré coupable d'introduction par effraction et de vol, de possession de biens criminellement obtenus, de vol de plus de 200 \$, de méfait à l'égard d'un bien privé, de s'être trouvé illégalement en liberté, de conduite dangereuse, d'avoir pris possession d'une automobile sans le consentement du propriétaire, de violation des conditions de probation, de défaut de comparaître, de non-respect d'engagements et de possession d'une substance en contravention de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1.

Pour sa part, King a avoué qu'il était un cambrioleur professionnel. Bien qu'il fût âgé de 24 ans seulement au moment du procès, son casier judiciaire comportait déjà 18 déclarations de culpabilité d'introduction par effraction et de vol.

Balogh et King avaient tous deux déjà offert de témoigner contre d'autres accusés. Même si, en fait, Balogh n'avait jamais été appelé à témoigner, il avait offert des renseignements à trois reprises. À l'une de ces occasions, il avait allégué qu'un sergent de police et un détenu avaient comploté pour fabriquer une preuve contre un accusé, allégation qui s'est par la suite révélée être le fruit de sa paranoïa. Deux ans avant le procès de l'intimé, King avait témoigné contre un ancien camarade de

85

86

87

mate named McCullough and had secured a lighter sentence in exchange.

88 King admitted that he came forward to testify against the respondent for the same reason that he had come forward to testify against McCullough. Specifically, he had to receive a sentence of no more than two years less a day in order to avoid being incarcerated in a federal institution. Although King in fact received a sentence of three years, he was promised special protection during his term of incarceration. As well, two police officers agreed to appear on his behalf at a parole hearing.

89 Turning to Balogh, he had been in and out of psychiatric hospitals since he was 15. He had attempted suicide on at least three occasions. In 1989, concerns had arisen with respect to his competency to stand trial, based on his hearing voices and experiencing paranoia and severe depression. Balogh believed that he had had several clairvoyant experiences and premonitions over the years. He had been prescribed medication to treat his depression, but his drugs of choice were LSD, marijuana and alcohol.

(b) *Importance of the Witnesses' Evidence*

90 Balogh's and King's testimonies were important but not crucial to the Crown's case against the respondent. They were incriminating and relevant. In *Bevan*, the evidence was determinative and therefore found to be crucial. Here the evidence of Balogh and King did not reach that level. It incriminated the accused in an assault leading to an unlawful death but did not implicate the accused in the sexual assault, a fact necessary for the first degree murder conviction.

91 Although the Crown had mounted an independent circumstantial case against the accused, the evidence of the jailhouse informant was of sufficient importance that a *Vetrovec* warning should have been given. The jury was entitled to be

classe nommé McCullough et avait bénéficié en contrepartie d'une peine moins lourde.

King a admis qu'il avait offert de témoigner contre l'intimé pour la même raison qu'il avait offert de témoigner contre McCullough. Plus particulièrement, il devait se voir infliger tout au plus une peine de deux ans moins un jour pour éviter l'incarcération dans un établissement fédéral. Même si, en réalité, King s'est vu infliger une peine de trois ans, on lui a promis qu'il jouirait d'une protection particulière pendant son incarcération. Deux policiers ont en outre accepté de témoigner en sa faveur lors d'une audience visant une libération conditionnelle.

Quant à Balogh, il fréquentait les hôpitaux psychiatriques depuis l'âge de 15 ans. Il avait tenté de se suicider à au moins trois reprises. En 1989, l'on s'était interrogé sur son aptitude à subir un procès, du fait qu'il entendait des voix et qu'il souffrait de paranoïa et d'une grave dépression. Balogh croyait avoir eu plusieurs expériences de clairvoyance et prémonitions au fil des ans. On lui avait prescrit des médicaments pour guérir sa dépression, mais le LSD, la marijuana et l'alcool étaient ses drogues préférées.

b) *Importance de la déposition des témoins*

Les témoignages de Balogh et King étaient importants mais non cruciaux pour la preuve du ministère public contre l'intimé. Ils étaient incriminants et pertinents. Dans l'arrêt *Bevan*, le témoignage en cause était déterminant et a donc été jugé crucial. En l'espèce, le témoignage de Balogh et de King n'a pas atteint ce seuil. Il incriminait l'accusé relativement à des voies de fait causant la mort, mais ne l'impliquait pas relativement à l'agression sexuelle, une condition nécessaire à l'obtention d'une déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré.

Même si le ministère public avait constitué une preuve circonstancielle indépendante contre l'accusé, le témoignage de l'informateur dans un établissement de détention était suffisamment important pour nécessiter une mise en garde de type

alerted to its frailties if they were to hear that evidence.

(4) Conclusion on the Need for a *Vetrovec* Warning

A trial judge's discretion, if properly exercised, ought not to be lightly interfered with on appeal. In my opinion, the trial judge in this case failed to evaluate the evidence of Balogh and King in light of the considerations set out above. Had he done so, he would have concluded that it was necessary to approach their evidence with extreme caution and the proper warning would have followed. A *Vetrovec* warning was required on the facts of this case.

D. *Was an Equivalent Warning Given?*

It was submitted that the trial judge's jury charge contained the essential values of a *Vetrovec* warning. If taken in its entirety, it was argued the charge amounted to the equivalent of that warning. I disagree. *Vetrovec* refers to "a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness" (p. 831). A review of the jury charge in its entirety does not disclose a clear, sharp warning.

What then is a clear, sharp warning? It is obvious there is no particular language or formula. At a minimum, a proper *Vetrovec* warning must focus the jury's attention specifically on the inherently unreliable evidence. It should refer to the characteristics of the witness that bring the credibility of his or her evidence into serious question. It should plainly emphasize the dangers inherent in convicting an accused on the basis of such evidence unless confirmed by independent evidence.

The warning does not come without risk to the accused as it should also be accompanied by a

Vetrovec. Le jury avait le droit d'être sensibilisé aux faiblesses de ce témoignage s'il était pour l'entendre.

(4) Conclusion sur la nécessité d'une mise en garde de type *Vetrovec*

Le pouvoir discrétionnaire d'un juge du procès ne devrait pas faire l'objet d'une intervention à la légère en appel s'il est bien exercé. Selon moi, le juge du procès a omis, en l'espèce, d'évaluer le témoignage de Balogh et de King en fonction des facteurs énoncés plus haut. S'il l'avait fait, il aurait conclu qu'il faudrait faire preuve d'une prudence extrême en abordant leur témoignage et la mise en garde appropriée aurait suivi. Une mise en garde de type *Vetrovec* s'imposait d'après les faits de la présente affaire.

D. *Y a-t-il eu une mise en garde équivalente?*

L'on a soutenu que l'exposé du juge du procès au jury incluait les éléments essentiels d'une mise en garde de type *Vetrovec*. L'on a fait valoir que, de façon globale, l'exposé équivalait à cette mise en garde. Je ne suis pas de cet avis. L'arrêt *Vetrovec* parle d'«une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus» (p. 831). Un examen de l'ensemble de l'exposé au jury ne révèle pas l'existence d'une mise en garde claire et précise.

Qu'est-ce qui constitue alors une mise en garde claire et précise? Il est évident qu'il n'existe aucune formule ni aucun langage particuliers à cet égard. Une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée doit à tout le moins attirer l'attention du jury expressément sur la preuve intrinsèquement peu fiable. Elle devrait renvoyer aux traits du témoin qui soulèvent des doutes sérieux quant à la crédibilité de sa déposition. Elle devrait souligner clairement les dangers qu'il y a à déclarer un accusé coupable sur la foi d'un tel témoignage, à moins que ce témoignage ne soit confirmé par une preuve indépendante.

La mise en garde n'est pas sans comporter un risque pour l'accusé étant donné qu'elle doit être

92

93

94

95

reference to the evidence capable of providing independent confirmation of the unsavoury witness's testimony. The independent confirmation relates to other evidence that would support the credibility of the unsavoury witness. It does not mean reference to any other evidence supporting the Crown's case. It is not apparent what other evidence the trial judge could have referred to that would have bolstered the evidence of Balogh and King.

96 The *Kaufman Report* at pp. 638-39 recommends that a trial judge ought to caution the jury in terms even stronger than those traditionally contained in a *Vetrovec* warning. Specifically, the Report recommends that the warning ought to emphasize that jailhouse informers are almost invariably motivated by self-interest and that historically, such evidence has been shown to be untruthful and has produced miscarriages of justice in the form of unjust convictions. It further recommended that the warning should be given not only during the charge to the jury but immediately before or after the evidence is tendered by the Crown.

97 Our law does not go as far as the *Kaufman* recommendation. The added measures suggested by the Report are not presently necessary to ensure a fair trial. A proper *Vetrovec* warning suffices. Nonetheless, the trial judge in a particular case may find the extra caution helpful in identifying unreliable evidence from unsavoury witnesses.

98 In this case, although the trial judge did point to problems with the evidence of Balogh and King, this was done in the course of a lengthy, seriatim review of the evidence, and in his general discussion on credibility. The problems with Balogh's and King's evidence were not singled out for special attention, instead, the trial judge merely summarized and repeated the problems with their testimonies elicited on direct and cross-examination. The fact that defence counsel challenged their

assortie d'une mention des éléments de preuve susceptibles de fournir une confirmation indépendante de la déposition du témoin douteux. La confirmation indépendante vise d'autres éléments de preuve qui étayeraient la crédibilité du témoin en question. Cela ne signifie pas une mention de tout autre élément étayant la preuve du ministère public. On ne sait pas exactement quels sont les autres éléments de preuve que le juge du procès aurait pu mentionner pour renforcer la crédibilité du témoignage de Balogh et de King.

Le rapport Kaufman recommande, aux pp. 741 et 742, que le juge du procès mette en garde le jury en des termes encore plus forts que ceux habituellement utilisés pour faire une mise en garde de type *Vetrovec*. Le rapport recommande, en particulier, que la mise en garde souligne le fait que les informateurs dans un établissement de détention sont presque tous motivés par leur intérêt personnel et que, dans le passé, de tels témoignages se sont révélés mensongers et ont entraîné des erreurs judiciaires sous forme de condamnations injustes. Il est en outre recommandé que la mise en garde soit faite non seulement au cours de l'exposé au jury, mais également immédiatement avant ou après la présentation de la preuve du ministère public.

Notre droit ne va pas aussi loin que la recommandation du rapport Kaufman. Les mesures additionnelles proposées dans le rapport ne sont pas actuellement nécessaires à la tenue d'un procès équitable. Une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée suffit. Dans un cas particulier, le juge du procès peut néanmoins estimer que la précaution additionnelle est utile pour souligner le manque de fiabilité de témoins douteux.

En l'espèce, bien que le juge du procès ait effectivement indiqué des problèmes posés par le témoignage de Balogh et de King, il l'a fait au cours d'un long examen point par point de la preuve et dans le cadre de son analyse générale de la crédibilité. Au lieu de demander de prêter une attention particulière aux problèmes posés par le témoignage de Balogh et de King, le juge du procès a simplement résumé et réitéré les problèmes que l'interrogatoire principal et le contre-

evidence in summation to the jury is not a substitute for the trial judge's instruction.

E. Defence Counsel's Failure to Request a Vetrovec Warning

The absence of a request from defence counsel is not determinative of the issue of whether or not a *Vetrovec* warning must, as a matter of law, be included in a trial judge's charge to the jury. It is the trial judge who is ultimately responsible for the determination of this issue. However, it has often been recognized that once non-direction or misdirection has occurred, the absence of a request from counsel to correct it is a factor to be considered in evaluating the prejudice that has been occasioned.

In this case, defence counsel did not request that a *Vetrovec* warning be included in the charge. The *Vetrovec* warning, while usually helpful, carries the risk of having the opposite effect. This is so since following the warning the trial judge should point to independent evidence, if any, that supports the impugned evidence. In those cases where such evidence is available the attention drawn to it may carry a risk greater than the gain obtained from the warning. For that reason, it may be that the defence chose not to request a warning for tactical reasons. On the other hand, it is possible that no request was made by defence counsel due to oversight or inadvertence. In either event, I find the prejudice occasioned by the absence of a *Vetrovec* warning to be substantial.

In deciding whether to include a *Vetrovec* warning, the absence of a specific request from defence counsel for a *Vetrovec* warning does not vitiate the trial judge's responsibility. However, the trial judge would undoubtedly be assisted by seeking submissions of counsel for both the Crown and the defence in the absence of the jury as to whether that warning should be given.

interrogatoire ont permis de découvrir dans leur témoignage. Le fait que l'avocat de la défense a contesté leur témoignage dans son exposé au jury ne remplace pas les directives du juge du procès.

E. L'omission de l'avocat de la défense de solliciter une mise en garde de type Vetrovec

L'absence de demande par l'avocat de la défense n'est pas déterminante quant à savoir si, sur le plan du droit, l'exposé du juge du procès au jury doit comporter une mise en garde de type *Vetrovec*. C'est le juge du procès qui, en définitive, doit se prononcer sur cette question. Toutefois, on a souvent reconnu que, pour évaluer le préjudice causé, il faut tenir compte du fait que l'avocat n'a pas demandé de remédier à l'absence de directives ou aux directives erronées qui ont été données.

En l'espèce, l'avocat de la défense n'a pas demandé que l'exposé comporte une mise en garde de type *Vetrovec*. Quoiqu'elle soit habituellement utile, la mise en garde de type *Vetrovec* risque d'avoir l'effet contraire. Il en est ainsi car, après avoir fait la mise en garde, le juge du procès doit indiquer, s'il en est, l'existence d'une preuve indépendante qui étaye le témoignage contesté. Le fait d'attirer l'attention sur une telle preuve, dans les cas où elle existe, peut comporter un risque plus grand que l'avantage que présente la mise en garde. Pour cette raison, il se peut que la défense choisisse de ne pas solliciter une mise en garde pour des raisons tactiques. Par ailleurs, il se peut que l'avocat de la défense n'ait pas demandé de mise en garde simplement par mégarde ou par inadvertance. Quoi qu'il en soit, j'estime que le préjudice causé par l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec* est important.

Lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu d'inclure une mise en garde de type *Vetrovec*, le fait que l'avocat de la défense n'ait pas demandé expressément une telle mise en garde n'écarte pas la responsabilité du juge du procès. Cependant, il serait sans doute utile au juge du procès de demander aux avocats du ministère public et de la défense de soumettre, en l'absence du jury, des arguments sur la question de savoir s'il y a lieu de faire une mise en garde.

99

100

101

F. *Should s. 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code Be Applied to Cure the Error?*

102 The argument was made that if the evidence was important enough to require a *Vetrovec* warning then it must follow that in the absence of that evidence it cannot be said that the verdict would necessarily have been the same. The argument is not sound. It seems apparent that cases could occur in which the evidence precluded by the absence of the *Vetrovec* warning while important by definition, is not crucial. In those cases the other evidence on its own will sustain the conviction.

103 It will have to be determined in each particular case what, in the absence of a *Vetrovec* warning, the effect of excluding the unsavoury evidence was. In most cases, it seems likely that the precluded evidence will not permit use of the curative proviso, s. 686(1)(b)(iii). However, it seems equally clear that there will be instances when the precluded evidence would not raise the possibility of a different result.

104 *Bevan* described the nature of the test to be met by the Crown under s. 686(1)(b)(iii) in the following terms at pp. 616-17:

The question to be asked in determining whether there has been no substantial wrong or miscarriage of justice as a result of a trial judge's error is whether "the verdict would necessarily have been the same if such error had not occurred": see *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739, per Cartwright J. (as he then was), at p. 744; *Wildman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 311, at pp. 328-29. This test has also been expressed in terms of whether there is any possibility that if the error had not been committed, a judge or properly instructed jury would have acquitted the accused: see *Colpitts*, per Spence J., at p. 756; *R. v. S. (P.L.)*, [1991] 1 S.C.R. 909, per Sopinka J., at p. 919; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, at p. 620; *R. v. B. (F.F.)*, [1993] 1 S.C.R. 697, per Iacobucci J. at pp. 736-37. I do not interpret these two approaches as being intended to convey different meanings. Under either approach, the task of an appellate court is to determine whether there is any reasonable

F. *Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du Code criminel devrait-il être appliqué pour réparer l'erreur commise?*

L'on a soutenu que, si le témoignage était suffisamment important pour requérir une mise en garde de type *Vetrovec*, il s'ensuit nécessairement qu'en l'absence de ce témoignage l'on ne saurait affirmer que le verdict aurait nécessairement été le même. Cet argument n'est pas bien fondé. Il semble évident qu'il peut y avoir des cas où le témoignage écarté en raison de l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec*, bien qu'important par définition, n'est pas crucial. En pareils cas, les autres éléments de preuve justifieront à eux seuls la déclaration de culpabilité.

Il faudra déterminer, dans chaque cas particulier, quel effet a eu l'exclusion du témoignage douteux, en l'absence d'une mise en garde de type *Vetrovec*. Dans la plupart des cas, il semble probable que le témoignage écarté ne permettra pas le recours à la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii). Cependant, il semble tout aussi clair qu'il y aura des cas où il n'y aura aucune possibilité que le résultat eût été différent si le témoignage en cause n'avait pas été écarté.

Dans l'arrêt *Bevan*, aux pp. 616 et 617, notre Cour décrit ainsi la nature du critère auquel le ministère public doit satisfaire selon le sous-al. 686(1)(b)(iii):

Pour déterminer si l'erreur du juge du procès a causé un tort important ou une erreur judiciaire grave, il faut se demander si «le verdict aurait nécessairement été le même si cette erreur ne s'était pas produite»: voir *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739, le juge Cartwright (plus tard Juge en chef), à la p. 744; *Wildman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 311, aux pp. 328 et 329. On a également formulé le critère de la façon suivante: existe-t-il une possibilité que, n'eût été l'erreur commise, le juge ou un jury ayant reçu des directives appropriées ait acquitté l'accusé?: voir *Colpitts*, le juge Spence, à la p. 756; *R. c. S. (P.L.)*, [1991] 1 R.C.S. 909, le juge Sopinka, à la p. 919; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, à la p. 620; *R. c. B. (F.F.)*, [1993] 1 R.C.S. 697, le juge Iacobucci, aux pp. 736 et 737. Je ne crois pas que ces deux énoncés aient un sens différent. Dans les deux cas, la tâche de la cour d'appel consiste à déterminer s'il existe une possibilité raisonnable que le

possibility that the verdict would have been different had the error at issue not been made.

In my opinion the failure of the trial judge to give a *Vetrovec* warning was a misdirection of law. The question is then whether in light of all the evidence the test in *Bevan* is met. Would the result have necessarily been the same?

The relevant evidence at the trial was that Balogh and King related statements made to them by the accused that he had struck the baby on the head, that the baby had started choking and had then stopped moving. There was no mention of a sexual assault. The following review of the evidence as it was presented, in my opinion, raises some doubt as to whether a sexual assault occurred at all at the time in question.

There was evidence that the accused was the only male person alone with Samantha on the night of her death and that sperm was found on her body. The impact of that evidence was lessened by the Crown expert's inability to determine the age and source of the sperm. The result of this uncertainty was to destroy the Crown's theory of exclusive opportunity.

There was evidence of intense sexual activity in the apartment during the weeks preceding the death, and that the housekeeping conditions were poor. Sperm was found on a toy in the crib, on the neckline of Samantha's pyjama top, on the crib sheets and in two places on the green comforter in which the child had been wrapped. At least one of these samples was identified as not being from the accused but from the child's natural father.

The largest sperm stains were found on the green comforter. The semen mixture matched DNA from the respondent and from Norma Jean. However, testimony indicated that sexual relations between them occurred at a rate of approximately 25 times per week and usually on the bed where

verdict eût été différent en l'absence de l'erreur en question.

À mon avis, l'omission du juge du procès de faire une mise en garde de type *Vetrovec* constituait une directive erronée en droit. Il s'agit alors de savoir si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le critère de l'arrêt *Bevan* est respecté. Le résultat aurait-il nécessairement été le même?

La preuve pertinente au procès était le témoignage de Balogh et de King selon lequel l'accusé leur avait dit qu'il avait frappé le bébé à la tête, que le bébé avait commencé à étouffer et qu'il avait ensuite cessé de bouger. Aucune agression sexuelle n'était mentionnée. J'estime que l'examen suivant de la preuve présentée soulève un doute quant à savoir si une agression sexuelle a vraiment eu lieu à l'époque en question.

Il existait une preuve que l'accusé était l'unique personne de sexe masculin qui s'était trouvée seule avec Samantha le soir du meurtre et que du sperme avait été trouvé sur le corps de cette dernière. La force probante de cette preuve était amoindrie par l'incapacité du témoin expert du ministère public de déterminer depuis combien de temps le sperme avait été déposé et d'où il provenait. Cette incertitude a eu pour effet d'anéantir la thèse de l'occasion exclusive soutenue par le ministère public.

Il y avait une preuve que l'appartement avait été le théâtre d'une activité sexuelle intense au cours des semaines ayant précédé le décès de la victime, et qu'il était négligé. Du sperme a été découvert sur un jouet qui se trouvait dans le lit de Samantha, sur le collet de son haut de pyjama, sur les draps de son lit et à deux endroits sur la douillette verte dans laquelle elle avait été enveloppée. Au moins un de ces échantillons a été décrit comme provenant non pas de l'accusé, mais plutôt du père biologique de l'enfant.

Les taches de sperme les plus importantes ont été décelées sur la douillette verte. On a trouvé dans le mélange séminal de l'ADN correspondant à celui de l'intimé et à celui de Norma Jean. Cependant, des témoignages ont indiqué que ces derniers avaient des rapports sexuels environ 25

105

106

107

108

109

the green comforter was kept. This confirms that there were many opportunities apart from the night of the murder when the accused's sperm could have been deposited on the bed and the green comforter.

110 While the pathologist, Dr. Rao, thought it unlikely that the sperm removed from Samantha could have originated from this stain, that possibility was not ruled out by her evidence. Given the presence of semen throughout the apartment, it was possible for trace amounts, which is all that was present, to have found their way into Samantha's vagina and anus. While the semen was on the interior of these orifices, it was near the entrance, was not consistent with penile penetration, and could have been deposited in an innocent fashion. For example, while wiping Samantha clean in the course of changing her diaper, or drying her after a bath, either Norma Jean or the respondent could have transferred semen traces from their hands to Samantha. Therefore even this potentially most damning of the Crown's evidence was open to question.

111 It could not be established that the sperm found in Samantha's body was deposited on the night of her death. The Crown's expert testified that sperm samples from an adult can survive in a vaginal sample for five to six days and in a rectal sample for two to three days, but she was not familiar with any comparable studies involving infants.

112 In light of the foregoing there is a serious question as previously commented on whether a sexual assault occurred that evening or early morning. If there was no sexual assault then the conviction for first degree murder cannot be sustained even accepting the evidence of the unsavoury witnesses.

113 In the several days preceding her death, Samantha had had contact with other male adults. Her grandfather had seen her on December 11. The jury heard evidence that he had sexually abused his

fois par semaine, et ce, habituellement sur le lit où se trouvait la douillette verte. Cela confirme que, outre la nuit du meurtre, il y avait eu de nombreuses occasions où le sperme de l'accusé pouvait avoir été déposé sur le lit et sur la douillette verte.

Même si la pathologiste, le Dr Rao, jugeait improbable que le sperme prélevé sur Samantha ait pu provenir de cette tache, son témoignage n'a pas permis d'écarter cette possibilité. Vu la présence de sperme partout dans l'appartement, il se pouvait que des quantités infimes, qui étaient tout ce qui s'y trouvait, se soient retrouvées dans le vagin et l'anus de Samantha. Le sperme qui se trouvait à l'intérieur de ces orifices, mais près du bord de ceux-ci, ne prouvait pas qu'il y avait eu pénétration et pouvait s'y être retrouvé fortuitement. Par exemple, il se pouvait que du sperme que Norma Jean ou l'intimé avait sur les mains se soit retrouvé sur Samantha au moment où ils l'essuyaient lors d'un changement de couche ou pendant qu'ils la séchaient après un bain. En conséquence, même cet élément de preuve susceptible d'être fort accablant dont disposait le ministère public était contestable.

L'on n'a pu établir que le sperme prélevé dans le corps de Samantha y avait été déposé la nuit de son décès. Le témoin expert du ministère public a affirmé que les échantillons de sperme provenant d'un adulte peuvent survivre dans un prélèvement vaginal pendant cinq ou six jours, et pendant deux ou trois jours dans un prélèvement rectal, mais elle ne connaissait l'existence d'aucune étude similaire ayant porté sur des enfants en bas âge.

Compte tenu de ce qui précède, il y a de sérieux doutes, comme nous l'avons vu, quant à savoir si une agression sexuelle a été commise ce soir-là ou aux petites heures du matin. En l'absence d'une agression sexuelle, la déclaration de culpabilité de meurtre au premier degré ne saurait être maintenue même si la déposition des témoins douteux est acceptée.

Au cours des jours qui ont précédé son décès, Samantha s'était trouvée en présence d'autres adultes de sexe masculin. Elle avait vu son grand-père le 11 décembre. Le jury a entendu des témoi-

own daughter, Norma Jean, when she was a child. In addition, Charles Furry, the common law spouse of Samantha's grandmother, babysat Samantha alone on December 12 from 6:00 p.m. to 10:00 p.m.

There was evidence to indicate that grey track pants worn by the accused on the night of the murder contained stains of Samantha's blood and of a fruit juice similar to that in her feeding bottle. If the accused was wearing the grey pants at the time of the assault that would account for the blood and fruit juice stains. There was evidence that he had changed from his grey track pants to his black pants prior to trying to revive Samantha. If that had occurred and he was wearing his black pants when trying to revive Samantha then the blood and juice on his grey pants was not deposited at the time of the attempted revival. Both Norma Jean and the police gave evidence consistent with the accused changing his pants prior to the time stated by him.

That evidence raised serious suspicions pointing to the accused. However, in the conflicting circumstances of the testimony at the trial, that evidence alone and as presented would not by itself necessarily result in the same jury verdict. There was evidence that the accused said he was sorry and repeated this more than once on the way to the hospital. But there is no evidence of what he was sorry about.

The Crown's case turned in part on the theory that the accused was the only male person with the opportunity to murder Samantha but as pointed out earlier, the evidence on the identification of the sperm was inconclusive. The question, therefore, should be whether the accused was the only person regardless of sex with the opportunity to commit this crime.

gnages suivant lesquels ce dernier avait agressé sexuellement sa propre fille, Norma Jean, lorsqu'elle était enfant. En outre, Charles Furry, le conjoint de fait de la grand-mère de Samantha, était resté seul avec Samantha le 12 décembre, de 18 h à 22 h, alors qu'il la gardait.

Certains éléments de preuve indiquaient la présence, sur le pantalon de survêtement gris que portait l'accusé la nuit du meurtre, de taches de sang de Samantha et de jus de fruit semblable à celui trouvé dans le biberon de cette dernière. Si l'accusé portait le pantalon gris au moment de l'agression, cela expliquait la présence des taches de sang et de jus de fruit sur ce pantalon. D'autres éléments de preuve indiquaient que l'accusé avait enlevé son pantalon de survêtement gris pour enfiler son pantalon noir avant de tenter de réanimer Samantha. Si cela avait été le cas et qu'il avait porté son pantalon noir au moment où il tentait de réanimer Samantha, le sang et le jus n'auraient pas alors été déposés sur son pantalon gris au moment de la tentative de réanimation. Norma Jean et le policier ont tous deux témoigné d'une manière qui pouvait laisser croire que l'accusé avait changé de pantalon avant le moment qu'il avait indiqué.

De graves soupçons pesaient sur l'accusé en raison de ces éléments de preuve. Cependant, vu les circonstances discordantes qui ont entouré le témoignage au procès, cet élément de preuve, à lui seul et tel qu'il a été présenté, n'aurait pas nécessairement amené le jury à rendre le même verdict. Il existait une preuve que l'accusé avait affirmé qu'il était désolé et qu'il avait répété cela à plus d'une reprise en se rendant à l'hôpital. Mais il n'y avait aucune preuve de la raison pour laquelle il était désolé.

La preuve du ministère public reposait en partie sur la thèse voulant que l'accusé ait été la seule personne de sexe masculin qui avait eu l'occasion d'assassiner Samantha mais, comme nous l'avons vu, la preuve relative à la détermination de la provenance du sperme n'était pas concluante. Par conséquent, il s'agit de savoir si l'accusé était la seule personne, peu importe son sexe, qui avait eu l'occasion de commettre ce crime.

114

115

116

117 The answer is no. The mother had as much opportunity to commit the crime as did the respondent. This is significant when considered in light of the evidence previously noted that the mother, Norma Jean, had problems with her temper. Several witnesses testified that they had witnessed her strike Samantha's face on numerous occasions. The apartment was a place of violence with evidence of physical abuse being committed by the mother and the accused as well as visitors such as Samantha's grandfather who had some history of abuse.

118 As well, there existed several inconsistencies in Norma Jean's testimony which were noted by defence counsel. First, Norma Jean testified that on the morning after the murder, she was awoken at 11:00 a.m. by her mother's knocking at the door. However, an assistant at the office of the Johnings' doctor testified that Norma Jean had called the office at 10:25 a.m. to check on an appointment for Anthony. Norma Jean denies ever making this call. Moreover, Norma Jean's mother testified that when Norma Jean answered the door that morning, a bottle was already warming in the microwave, contradicting Norma Jean's testimony that she had not been awake prior to her mother's arrival. It is inconsistencies like these out of which reasonable doubt is formed.

119 Another question raised by the evidence is how Norma Jean did not hear Samantha being assaulted and murdered. The autopsy revealed multiple wounds to the head caused by blunt force trauma. It seems unlikely that this could have been done silently. Moreover, Norma Jean testified that she saw the respondent wrapping Samantha in a green comforter around 2:00 a.m. If the respondent is the culprit, the sexual assault, if there was one, and murder most likely occurred prior to this. However, Norma Jean, according to her own testimony, had been walking up and down the hallway for the last hour and a half, trying to soothe Anthony, who had been crying. Would she not have heard the respondent doing anything untoward to Samantha? Moreover, even after 2:00 a.m., Norma Jean testified that she was asleep on the couch with

La réponse est non. La mère a eu autant d'occasions que l'intimé de perpétrer ce crime. Cela est important si on considère les témoignages déjà soulignés qui indiquaient que la mère, Norma Jean, avait des accès de colère. Plusieurs témoins ont déposé qu'ils l'avaient vue à maintes reprises frapper Samantha au visage. La violence régnait dans l'appartement où il y avait des signes de mauvais traitements physiques infligés par la mère et l'accusé, et par des visiteurs comme le grand-père de Samantha qui, dans le passé, avait commis des agressions.

De même, le témoignage de Norma Jean comportait plusieurs contradictions que l'avocat de la défense a relevées. Premièrement, Norma Jean a témoigné que le matin qui a suivi le meurtre, elle avait été réveillée à 11 h par sa mère qui cognait à la porte. Cependant, un adjoint du bureau du médecin des Johnings a témoigné que Norma Jean avait appelé au bureau à 10 h 25 pour vérifier un rendez-vous pour Anthony. Norma Jean nie avoir jamais fait cet appel. De plus, la mère de Norma Jean a témoigné que, lorsque Norma Jean a répondu à la porte ce matin-là, une bouteille était déjà en train de chauffer dans le four à micro-ondes, ce qui contredit le témoignage de Norma Jean qu'elle ne s'était réveillée qu'à l'arrivée de sa mère. Ce sont des contradictions de ce genre qui contribuent à susciter un doute raisonnable.

Une autre question soulevée par la preuve est celle de savoir comment il se fait que Norma Jean n'ait rien entendu au moment où Samantha était agressée et assassinée. L'autopsie a révélé la présence de multiples blessures à la tête provoquées par un objet contondant. Il semble invraisemblable que ces blessures aient pu être infligées sans bruit. De plus, Norma Jean a témoigné avoir vu l'intimé envelopper Samantha dans une douillette verte vers 2 h du matin. Si l'intimé est le coupable, l'agression sexuelle, à supposer qu'elle ait eu lieu, et le meurtre ont fort probablement été perpétrés avant cela. Cependant, Norma Jean a elle-même témoigné que cela faisait alors au moins une heure et demie qu'elle faisait les cent pas dans le corridor pour calmer Anthony qui pleurait. N'aurait-elle pas entendu l'intimé faire du mal à Samantha?

Anthony, and that she was a light sleeper. If this were so, one would expect her to hear any violence committed by the respondent during this time period.

A third area of inconsistencies surrounding Norma Jean's testimony is that she claimed to have found Samantha in her crib, and then rushed her to the bathroom while attempting to revive her. Substantial amounts of blood and vomit were found spattered around the bathtub. Moreover, while it had dried by the time the police arrived, the blood and vomit had clearly been relatively fluid at one point, as photographs show that the blood and vomit had flowed towards the drain. If the blood and vomit had been in a liquid state when Samantha was found, why was none of it found between the crib and the bathtub? Would it not have been likely to spill or splatter somewhat while Norma Jean was rushing Samantha into the bathroom?

Moreover, there was evidence from other witnesses which indicated that Norma Jean's difficulties in dealing with her children had intensified over the several days preceding Samantha's death. For example, the respondent's mother testified that at 2:00 a.m., while on the phone with the respondent (who was seeking advice on how to soothe Anthony), she overheard Norma Jean yell, "I can't handle this anymore!" As well, Norma Jean's father Robert Johnings testified that Norma Jean was having difficulty dealing with Samantha's jealousy towards her new brother. Samantha had struck her baby brother on more than one occasion and Norma Jean had responded by slapping Samantha. On the night of Samantha's death, Norma Jean had telephoned Robert Johnings and asked if he would take Samantha for the evening because she could not handle both children.

The mother's character, family difficulties, the various inconsistencies in her story and the history of physical abuse by people occupying or visiting the apartment had the potential to raise a reasona-

De plus, Norma a témoigné que, même après 2 h, elle dormait sur le divan avec Anthony et qu'elle était une personne au sommeil léger. Si cela avait été le cas, on se serait attendu à ce qu'elle entende tout acte de violence commis par l'intimé pendant cette période.

Une troisième contradiction qui se dégage du témoignage de Norma Jean est qu'elle a prétendu avoir trouvé Samantha dans sa couchette, puis l'avoir amenée à la course dans la salle de bains en tentant de la réanimer. Des quantités importantes de sang et de vomissure ont été découvertes dans la baignoire. De plus, même s'ils étaient séchés lorsque la police est arrivée, le sang et la vomissure avaient nettement été dans un état relativement liquide à un moment donné, car les photographies montrent qu'ils avaient coulé vers le renvoi de la baignoire. Si le sang et la vomissure avaient été à l'état liquide lorsque Samantha a été trouvée, pourquoi n'en a-t-on pas trouvé entre la couchette et la baignoire? N'aurait-il pas été vraisemblable qu'il en tombe pendant que Norma Jean se précipitait avec Samantha vers la salle de bains?

En outre, il y a la déposition d'autres témoins qui indiquait que les difficultés qu'éprouvait Norma Jean à s'occuper de ses enfants s'étaient accrues au fil des jours qui avaient précédé le décès de Samantha. Par exemple, la mère de l'intimé a témoigné qu'à 2 h, alors qu'elle était au téléphone avec l'intimé (qui demandait des conseils sur la façon de calmer Anthony), elle a entendu Norma Jean crier [TRADUCTION] «Je n'en peux plus!» De même, le père de Norma Jean, Robert Johnings, a témoigné que sa fille avait de la difficulté à venir à bout de la jalousie que Samantha éprouvait envers son nouveau frère. Samantha avait frappé son petit frère à plus d'une reprise et Norma Jean avait répliqué en la giflant. Le soir du décès de Samantha, Norma Jean avait téléphoné à Robert Johnings pour lui demander s'il viendrait chercher Samantha pour la soirée parce qu'elle était incapable de s'occuper des deux enfants.

Le tempérament de la mère, les difficultés familiales, les différentes contradictions dans son récit et les antécédents de mauvais traitements physiques de la part d'occupants ou de visiteurs de

120

121

122

ble doubt in the jury's mind as to the respondent's guilt.

123 The purpose of this review has been to consider the question raised in *Bevan*: Is there any reasonable possibility that the verdict would not have necessarily been the same? There was evidence that implicated the accused but with a proper instruction regarding the testimony of the jailhouse informants it is difficult for me to preclude the possibility of a different result.

V. Conclusion

124 I agree with the Court of Appeal and would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

125 In cases where a new trial is ordered an appellate court avoids to the extent possible comment on the evidence. For that reason the evidence here was reviewed only to the extent necessary to reach a conclusion on the result that should follow from the misdirection and not to prejudge or suggest a different result should be reached.

126 It is understood that at the new trial there may be new evidence, the same evidence as is or presented differently and nothing said in these reasons on the evidence in this appeal should affect the new trial.

The following are the reasons delivered by

127 BINNIE J. — I agree with the result reached by Justice Bastarache, but I reach that conclusion by a different route. In my view, the evidence of the “jailhouse informants” in this case was tainted by a combination of some of the more notorious badges of testimonial unreliability, including the opportunity to lie for personal benefit, and the jury ought to have been given a clear and sharp warn-

l'appartement étaient susceptibles de susciter un doute raisonnable dans l'esprit des membres du jury quant à la culpabilité de l'intimé.

La présente analyse avait pour but d'examiner la question soulevée dans l'arrêt *Bevan*: Y a-t-il une possibilité raisonnable que le verdict n'eût pas nécessairement été le même? Il y avait des éléments de preuve impliquant l'accusé, mais il m'est difficile d'écarter la possibilité que le résultat eût été différent si des directives appropriées avaient été données au sujet du témoignage des informateurs dans un établissement de détention.

V. Conclusion

Je partage l'opinion exprimée par la Cour d'appel et je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance enjoignant de tenir un nouveau procès.

Dans les cas où un nouveau procès est ordonné, une cour d'appel évite autant que possible de faire des commentaires sur la preuve. C'est pour cette raison qu'en l'espèce la preuve n'a été examinée que dans la mesure où c'était nécessaire pour tirer une conclusion sur le résultat qui devrait découler de la directive erronée et non pour juger d'avance ou laisser entendre que l'on devrait arriver à un résultat différent.

Il est entendu qu'il se peut que de nouveaux éléments de preuve soient présentés lors du nouveau procès ou que les mêmes éléments de preuve y soient présentés de la même manière ou d'une manière différente, et rien de ce qui a été dit au sujet de la preuve dans les présents motifs ne devrait influencer sur le nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BINNIE — Je tire la même conclusion que le juge Bastarache, mais à l'issue d'un raisonnement différent. À mon sens, le témoignage des «informateurs dans un établissement de détention» entendu en l'espèce accusait des signes notoires de non-fiabilité, dont l'occasion de mentir pour obtenir un avantage personnel, et le jury aurait dû recevoir une mise en garde claire et précise en ce sens.

ing to that effect. The trial judge erred in law in failing to give such a warning, as found by Justice Major and a majority of the Ontario Court of Appeal. At the same time, I differ, with respect, from the conclusion that this error of law requires a new trial. Given the other evidence against the respondent that was necessarily accepted by the jury in reaching their verdict of first degree murder, I think, with great respect to those of the opposite view, that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the error of law not been made.

The courts have grappled for some years with a growing concern that a conviction based on the evidence of jailhouse informants has led in the past to some wrongful convictions and should be treated with special caution: *R. v. Frumusa* (1996), 112 C.C.C. (3d) 211 (Ont. C.A.); *R. v. Simmons* (1998), 105 O.A.C. 360 (C.A.); Report of *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin*, the Honourable Fred Kaufman, C.M., Q.C., 1998; C. Sherrin, "Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use" (1998), 40 *C.L.Q.* 106, and "Jailhouse Informants in the Canadian Criminal Justice System, Part II: Options for Reform" (1998), 40 *C.L.Q.* 157; the *Report of the 1989-1990 Los Angeles Grand Jury: Investigation of the Involvement of Jail House Informants in the Criminal Justice System in Los Angeles County* (June 26, 1990). The most extensive review of this issue in Canada is the *Kaufman Report*, which concludes at p. 638:

The evidence at this Inquiry demonstrates the *inherent unreliability* of in-custody informer testimony, its contribution to miscarriages of justice and the substantial risk that the dangers may not be fully appreciated by the jury. [Emphasis added.]

This Court's decision in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, does not stand in the way of taking appropriate action to address that targeted concern. *Vetrovec* did not deal with jailhouse infor-

Comme l'ont conclu le juge Major et les juges majoritaires de la Cour d'appel de l'Ontario, le juge du procès a commis une erreur de droit en omettant de faire une telle mise en garde. En même temps et en toute déférence, je ne partage pas la conclusion que cette erreur de droit oblige à tenir un nouveau procès. Compte tenu des autres éléments de preuve défavorables à l'intimé que le jury a nécessairement retenus en rendant son verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, je crois, en toute déférence pour ceux qui sont d'avis contraire, qu'il n'existe aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si l'erreur de droit n'avait pas été commise.

Depuis un certain nombre d'années, les tribunaux sont de plus en plus préoccupés par la possibilité que les témoignages d'informateurs dans un établissement de détention aient entraîné, dans le passé, des déclarations de culpabilité erronées, et ils estiment qu'il y a lieu de les traiter avec un soin particulier: *R. c. Frumusa* (1996), 112 C.C.C. (3d) 211 (C.A. Ont.); *R. c. Simmons* (1998), 105 O.A.C. 360 (C.A.); rapport de la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin*, l'honorable Fred Kaufman, C.M., c.r., 1998; C. Sherrin, «Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use» (1998), 40 *C.L.Q.* 106, et «Jailhouse Informants in the Canadian Criminal Justice System, Part II: Options for Reform» (1998), 40 *C.L.Q.* 157; *Report of the 1989-1990 Los Angeles Grand Jury: Investigation of the Involvement of Jail House Informants in the Criminal Justice System in Los Angeles County* (26 juin 1990). L'analyse la plus approfondie de cette question au Canada se trouve dans le rapport Kaufman, qui conclut ce qui suit, à la p. 741:

La preuve déposée devant la Commission démontre le manque de *fiabilité inhérent* aux témoignages des dénonciateurs sous garde, leur rôle dans des erreurs judiciaires et le risque considérable que le jury ne tienne pas pleinement compte des dangers que comportent ces témoignages. [Italiques ajoutés.]

L'arrêt de notre Cour *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, n'empêche pas de prendre des mesures appropriées pour remédier à cette crainte. L'arrêt *Vetrovec* portait non pas sur les

mants as such, but more generally with the law of corroboration in relation to accomplices. The trial judge in that case had given a very specific warning about the danger of convicting on the basis of uncorroborated evidence from accomplices, and the issue on the appeal was the correctness of the trial judge's subsequent reference to pieces of evidence that in his view were capable of having a corroborative effect. In that context, Dickson J. protested against "a fixed and invariable rule regarding all accomplices" and "blind and empty formalism" (p. 823). The Court was unanimous in affirming that in this area as in others a label is no substitute for analysis. That having been said, "jailhouse informant" is a term that conveniently captures a number of factors that are highly relevant to the need for caution. These include the facts that the jailhouse informant is already in the power of the state, is looking to better his or her situation in a jailhouse environment where bargaining power is otherwise hard to come by, and will often have a history of criminality. This is not to deny the possibility that a jailhouse can on occasion produce a trustworthy witness. The trigger for caution is not so much the label "jailhouse informant" as it is the extent to which these underlying sources of potential unreliability are present in a particular case. The testimony of Balogh and King exhibited some of the worst characteristics of purveyors of jailhouse confessions. Both were career criminals who had a history of coming forward to offer incriminating testimony in anticipation of personal reward. They tried to ingratiate themselves with the respondent by offering to get "his girlfriend knocked off". This was a confidence trick to gain his trust and loosen his tongue. In the circumstances, failure of counsel to request a *Vetrovec* warning is a relevant consideration in the exercise of the trial judge's discretion, but does not save a charge that, as a matter of law, is inad-

informateurs dans un établissement de détention comme tels, mais, de façon plus générale, sur la règle de la corroboration applicable au témoignage d'un complice. Dans cette affaire, le juge du procès avait fait une mise en garde très précise au sujet du danger de prononcer une déclaration de culpabilité sur la foi du témoignage non corroboré d'un complice, et le pourvoi portait sur la question de savoir si le juge du procès avait eu raison de renvoyer subséquemment à des éléments de preuve qui, selon lui, étaient susceptibles d'avoir un effet de corroboration. Dans ce contexte, le juge Dickson s'est élevé contre «une règle unique et invariable pour tous les complices» et «un formalisme aveugle et vide de sens» (p. 823). La Cour a confirmé à l'unanimité que, dans ce domaine comme dans d'autres domaines, une étiquette ne remplace pas une analyse. Cela étant dit, l'expression «informateur dans un établissement de détention» («dénonciateur sous garde» dans le rapport Kaufman) englobe un certain nombre de facteurs très pertinents en ce qui concerne la nécessité de faire preuve de circonspection, dont le fait que l'informateur dans un établissement de détention est déjà assujéti à l'autorité de l'État, qu'il cherche à améliorer son sort dans un milieu carcéral où le pouvoir de négociation est par ailleurs difficile à obtenir et qu'il a souvent des antécédents criminels. Cela ne revient pas à nier la possibilité que le témoignage d'un informateur dans un établissement de détention soit parfois digne de foi. Le besoin de circonspection ne découle pas tant de l'étiquette d'«informateur dans un établissement de détention» que de la mesure dans laquelle de tels motifs de non-fiabilité potentielle existent dans un cas particulier. Le témoignage de Balogh et de King présentait certaines des pires caractéristiques des gens qui rapportent les aveux d'un codétenu. Les deux étaient des criminels de carrière qui avaient déjà offert de présenter des témoignages incriminants dans l'espoir d'obtenir un avantage personnel. Ils avaient tenté de rentrer dans les bonnes grâces de l'intimé en lui offrant de [TRADUCTION] «faire liquider son amie». Il s'agissait d'une ruse destinée à gagner sa confiance et à lui délier la langue. Dans les circonstances, l'omission de l'avocat de solliciter une mise en garde de type *Vetrovec* est pertinente en ce qui concerne l'exer-

quate. The jury in this case should have been warned to proceed with caution.

It is not sufficient, in my view, to say that these *particular* witnesses apparently impressed the trial judge as reasonably capable of belief. The concern here is with the underlying weaknesses historically associated with jailhouse confessions offered by fellow inmates. *Vetrovec* affirmed that the court may legitimately concern itself with such factors, and this affirmation was picked up and developed by M. Rosenberg (now Rosenberg J.A.) in “Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term” (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, at p. 463:

It is not then whether the trial judge personally finds the witness trustworthy but whether there are factors which experience teaches that the witness’s story be approached with caution.

The jurors will not likely have the benefit of this “experience” unless it is imparted to them by the trial judge in the “clear and sharp warning” contemplated by *Vetrovec*. While some passages in Dickson J.’s reasons can be argued to focus on the assessment of the credibility of a particular witness made by the trial judge, he also emphasized that the credibility of a particular witness is for the jury not the trial judge to assess. The trial judge’s role is to provide the proper framework within which that credibility can be evaluated, and in that regard problems historically associated with particular types of evidence should not be overlooked. Jailhouse informants presenting a profile such as Balogh and King, generally do, it seems to me, justify an inference of untrustworthiness, and as a general rule in such cases a *Vetrovec* warning should be given.

Major J. has reviewed the weaknesses of their testimony and I agree with his conclusions that prosecutorial use of jailhouse informants generally

cice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès, mais n’a pas pour effet de sauvegarder un exposé qui, sur le plan du droit, est inadéquat. En l’espèce, on aurait dû recommander au jury d’agir avec circonspection.

Il ne suffit pas, selon moi, de dire que ces témoins *particuliers* semblent avoir donné au juge du procès l’impression qu’ils étaient raisonnablement dignes de foi. Ce qui nous préoccupe en l’espèce, ce sont les faiblesses qui, dans le passé, ont été liées aux aveux d’un détenu rapportés par un codétenu. Il a été confirmé, dans l’arrêt *Vetrovec*, que la cour peut légitimement tenir compte de ces facteurs, et cette confirmation a été reprise et explicitée par M. Rosenberg (maintenant juge d’appel) dans «Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term» (1994), 5 *S.C.L.R.* (2d) 421, à la p. 463:

[TRADUCTION] Il s’agit donc non pas de savoir si le juge du procès estime personnellement que le témoin est digne de foi, mais plutôt de savoir s’il existe des facteurs qui, d’après ce que l’expérience enseigne, exigent d’aborder avec circonspection le récit du témoin.

Les jurés ne bénéficieront vraisemblablement de cette «expérience» que si elle leur est transmise par le juge du procès dans la «mise en garde claire et précise» envisagée par l’arrêt *Vetrovec*. Bien que l’on puisse prétendre que certains passages de ses motifs portent sur l’appréciation par le juge du procès de la crédibilité d’un témoin particulier, le juge Dickson a également souligné qu’il appartient au jury et non pas au juge du procès d’apprécier la crédibilité d’un témoin donné. Le rôle du juge du procès consiste à établir le cadre approprié à l’intérieur duquel cette crédibilité peut être appréciée et, à cet égard, il n’y a pas lieu de passer sous silence les problèmes que certains types de témoignage ont posés dans le passé. Il me semble qu’une inférence de non-fiabilité est justifiée dans le cas d’informateurs dans un établissement de détention qui présentent un profil comme celui de Balogh et de King, et qu’en règle générale il y a lieu de faire une mise en garde de type *Vetrovec* en pareils cas.

Le juge Major a examiné les faiblesses de leur témoignage et je souscris à ses conclusions que le recours de la poursuite à des informateurs dans un

130

131

calls for special caution and that the testimony of these particular jailhouse informants manifested the dangers associated with the genre. The trial judge appears not to have taken into account these relevant considerations and he thus erred in the exercise of his discretion. It was a sufficient trigger to the requirement of a *Vetrovec* warning that their evidence was “important but not crucial to the Crown’s case against the respondent” (para. 90). It will be rare, I think, that an alleged jailhouse confession would not be regarded as *important* evidence against an accused.

établissement de détention requiert généralement que l’on fasse preuve d’une prudence particulière, et que le témoignage que les informateurs dans un établissement de détention ont fait en l’espèce montrait les dangers que comporte ce genre de preuve. Le juge du procès ne semble pas avoir tenu compte de ces facteurs pertinents et il a donc exercé son pouvoir discrétionnaire de façon erronée. Il suffisait que leurs témoignages aient été «importants mais non cruciaux pour la preuve du ministère public contre l’intimé» (par. 90) pour qu’une mise en garde de type *Vetrovec* doive être faite. Je crois qu’il sera rare qu’un aveu qui aurait été fait dans un établissement de détention ne sera pas considéré comme un élément de preuve *important* contre l’accusé.

132

My colleague Bastarache J. concludes that the trial judge’s instruction to the jury amply conveyed the dangers associated with the Balogh and King evidence. I do not agree. He did not, as Dickson J. put it in *Vetrovec*, *supra*, at p. 831, clearly “attract the attention of the juror to the risks of adopting, without more, the evidence of the witness”. A useful guide in this regard is the comment of Osborne J.A., dissenting, when *R. v. Bevan* was in the Ontario Court of Appeal (1991), 63 C.C.C. (3d) 333, at pp. 361-62:

Mon collègue le juge Bastarache conclut que, dans ses directives au jury, le juge du procès a évoqué amplement les dangers liés au témoignage de Balogh et de King. Je ne suis pas d’accord. Comme l’affirmait le juge Dickson dans l’arrêt *Vetrovec*, précité, à la p. 831, le juge du procès n’a pas clairement «attir[é] l’attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d’un témoin sans plus». Un guide utile à cet égard est la remarque que le juge Osborne de la Cour d’appel de l’Ontario a faite dans ses motifs dissidents dans *R. c. Bevan* (1991), 63 C.C.C. (3d) 333, aux pp. 361 et 362:

However, in those cases where a clear sharp warning is required, it seems to me that it is of fundamental importance that the form of the warning take into account that its underlying purpose is to direct the jury’s special attention to the risk of convicting an accused on the basis of the evidence of a witness who may be viewed, for reasons such as self-interest, as untrustworthy. Thus, the witness should be singled out, that is, separated from the pack. The jury should be told to scrutinize the evidence for evidence which would confirm or support the testimony of the witness who is said to have a motive to lie, or who is of unsavoury character. . . . In my view, it is preferable in most cases that the trial judge tell the jury why the evidence of a given witness requires special scrutiny, that is, why the light of the credibility microscope should be turned up. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Cependant, dans les cas où une mise en garde claire et précise s’impose, il me semble d’une importance fondamentale que sa forme tienne compte du fait qu’elle a pour but d’amener le jury à prêter une attention particulière au danger de déclarer un accusé coupable sur la foi de la déposition d’un témoin qui peut être perçu comme indigne de foi en raison notamment de son intérêt personnel. Ainsi, ce témoin doit être mis à part, c’est-à-dire considéré séparément. Le jury doit être invité à examiner soigneusement la preuve pour y trouver des éléments qui confirment ou étayaient la déposition du témoin dont on dit qu’il a des raisons de mentir ou dont l’honnêteté est douteuse [. . .] À mon avis, il est préférable, dans la plupart des cas, que le juge du procès explique au jury pourquoi un témoin donné doit faire l’objet d’un examen spécial, c’est-à-dire pourquoi il y a lieu de passer au crible sa crédibilité. [Je souligne.]

In the course of his instruction in this case, which covers almost 100 pages of transcript, the trial judge gave only one specific caution bearing on the credibility of Balogh and King, namely that the jury should take their respective criminal records into account “when considering the credibility and weight of their evidence”. Some 70 pages of transcript later, he pointed out that both Balogh and King were in custody with the accused at the time of the alleged confession, but this was noted to identify the physical location of the alleged confession. Far from being “singled out” for special caution, the jailhouse evidence was summarized in much the same language as used for other witnesses. He noted that Balogh had a history of psychiatric problems, including a stint at the London Psychiatric Centre, and had twice attempted suicide, but this, while perhaps relevant to credibility, did not go to the systemic problems of “unsavouriness” associated with jailhouse confessions. The trial judge mentioned that King “tried to get a lighter sentence” from Detective Hrab, but Hrab was not called to testify, and contemporaneous notes made by the two jailhouse informants pooling their recollections and apparently given to Detective Hrab were never produced. The trial judge reminded the jury that King had not been successful in securing a benefit. He noted that Sergeant Harild (who did testify) and Detective Hrab had both appeared before the Parole Board to explain that King’s criminal record did not include any convictions for violence.

None of this constituted a “clear and sharp warning” to the jury about the dangers of relying on evidence of jailhouse informants. On the contrary, I expect the impression the jury took from the trial judge’s instruction is that King had been unsuccessful in his plea for special treatment, but he had come forward with his damaging testimony in spite of his disappointment. This would, if anything, add to his credibility in the mind of persons

Pendant les directives qu’il a données en l’espèce (dont la transcription compte presque 100 pages), le juge du procès n’a fait qu’une seule mise en garde particulière concernant la crédibilité de Balogh et de King, savoir que le jury devrait tenir compte de leur casier judiciaire respectif [TRADUCTION] «en évaluant la crédibilité et la valeur de leur témoignage». Quelque 70 pages plus loin, il a souligné que Balogh et King étaient détenus avec l’accusé au moment où le prétendu aveu a été fait, mais il voulait par là indiquer le lieu où l’aveu aurait été fait. Loin d’avoir fait l’objet d’une mise en garde particulière, le témoignage des informateurs dans un établissement de détention a été résumé dans à peu près les mêmes termes que ceux utilisés pour les autres témoins. Le juge du procès a souligné que Balogh avait eu des problèmes psychiatriques, qu’il avait notamment fait un séjour au London Psychiatric Centre et qu’il avait tenté de se suicider à deux reprises, mais même si ces faits pouvaient être pertinents en ce qui concernait la crédibilité, ils ne touchaient pas les problèmes systémiques du «caractère douteux» associé aux aveux d’un codétenu. Le juge du procès a mentionné que King [TRADUCTION] «tentait d’obtenir [du détective Hrab] une peine moins lourde», mais Hrab n’a pas été appelé à témoigner et les notes dans lesquelles les deux informateurs dans un établissement de détention avaient mis en commun leurs souvenirs et qui auraient été remises au détective Hrab n’ont jamais été produites. Le juge du procès a rappelé au jury que King n’avait pas réussi à obtenir un avantage. Il fait remarquer que le sergent Harild (qui a témoigné) et le détective Hrab avaient tous deux comparu devant la Commission des libérations conditionnelles pour expliquer que le casier judiciaire de King ne faisait état d’aucune condamnation pour violence.

Rien de cela n’a constitué une «mise en garde claire et précise» au jury sur les dangers de s’en remettre au témoignage d’informateurs dans un établissement de détention. Au contraire, je crois que les directives du juge du procès ont donné au jury l’impression que King n’avait pas réussi à obtenir un traitement particulier et que, malgré sa déception, il avait offert son témoignage préjudiciable. Cela aurait plutôt pour effet de le rendre

who were unaware of the problems associated with jailhouse confessions. Balogh, with his history of mental illness, seems to have been a tag-along to King's initiative, although protesting that his motive was revulsion at the nature of the crime. Balogh had attempted to purvey jailhouse confessions on three previous occasions in other cases. Despite his choice of crime for a career, his sense of revulsion at the crimes of others apparently was chronic, if he is to be believed.

plus crédible dans l'esprit de personnes qui n'étaient pas au courant des problèmes liés aux aveux d'un codétenu. Balogh, avec ses antécédents de maladie mentale, paraît simplement avoir suivi l'exemple de King, même s'il prétendait être motivé par le caractère répugnant du crime. Balogh avait déjà tenté de fournir les aveux d'un codétenu dans trois autres affaires. À l'entendre, il éprouvait un sentiment chronique de dégoût pour les crimes d'autres personnes, même s'il avait choisi de faire carrière dans le crime.

135 It is now established that the failure to give a *Vetrovec* warning where required is an error of law, which opens up the possibility of salvaging the verdict under s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Not every error of law justifies a new trial, as noted by McIntyre J. in *Fanjoy v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 233, at p. 240:

Il est désormais établi que l'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* qui s'impose constitue une erreur de droit et que le verdict prononcé peut alors être sauvegardé en application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Toute erreur de droit ne justifie pas la tenue d'un nouveau procès, comme l'a fait remarquer le juge McIntyre dans l'arrêt *Fanjoy c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 233, à la p. 240:

It is not every error which will result in a miscarriage of justice, the very existence of the proviso to relieve against errors of law which do not cause a miscarriage of justice recognizes that fact.

On ne peut pas dire que toute erreur est une erreur judiciaire; d'ailleurs l'existence même de la disposition pour remédier aux erreurs de droit qui ne causent pas une erreur judiciaire reconnaît ce fait.

136 While it may often be difficult to analyse a record in terms of what *would* have happened if the error had not occurred — and any reasonable doubt in that regard must be resolved in favour of an accused — nevertheless the legitimacy of a “what if” approach is implicit in the *Bevan* test (“whether there is any reasonable possibility that the verdict *would* have been different” (*R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, at p. 617 (emphasis added))), and explicit in cases such as *R. v. Haughton*, [1994] 3 S.C.R. 516, *per* Sopinka J., at pp. 516-17:

Même s'il peut souvent être difficile d'analyser un dossier sous l'angle de ce qui *serait* arrivé si l'erreur n'avait pas été commise — et tout doute raisonnable à cet égard doit profiter à l'accusé —, la légitimité d'une méthode du «qu'en aurait-il été si?» ressort néanmoins implicitement du critère dégagé dans *Bevan* («existe[-t-il] une possibilité raisonnable que le verdict *eût* été différent?» (*R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, à la p. 617 (italiques ajoutés))), et cette légitimité est explicite dans des affaires comme *R. c. Haughton*, [1994] 3 R.C.S. 516, le juge Sopinka, aux pp. 516 et 517:

The application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, requires the Court to consider whether a jury properly instructed could, acting reasonably, have come to a different conclusion absent the error. In applying this test the findings of the jury in the case under appeal may be a factor in determining what the hypothetical reasonable jury would have done, provided those findings are not tainted by the error. [Emphasis added.]

Pour appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la Cour doit examiner si un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu, en agissant raisonnablement, en venir à une conclusion différente s'il n'y avait pas eu d'erreur. Si l'on applique ce critère, les conclusions du jury en l'espèce peuvent être un facteur à prendre en considération pour déterminer ce qu'un jury raisonnable hypothétique aurait fait, pourvu que ces conclusions ne soient pas viciées par l'erreur. [Je souligne.]

and *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595, *per* Iacobucci J., at pp. 620-21:

Accordingly, the question here is whether there is any possibility that the trier of fact would have had a reasonable doubt as to the guilt of the accused had the impugned evidence been removed from their consideration. [Emphasis added.]

Whether or not a new trial is necessary will largely depend on the degree of centrality of the evidence of the unsavoury witness to the conviction. In most cases, a witness whose testimony is sufficiently important to require the *Vetrovec* warning in the first place will likely be sufficiently central to preclude application of s. 686(1)(b)(iii), as in *R. v. Sanderson* (1999), 134 Man. R. (2d) 191 (C.A.), at p. 194 (where the unsavoury witness gave “[t]he only evidence presented by the Crown which implicated” the accused), and *R. v. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301 (B.C.C.A.), at p. 330 (“the Crown would have had virtually no case” without the unsavoury witness’s evidence). In such cases, application of the curative proviso would clearly be wrong.

I part company from Major J. on whether in *this* case there is any reasonable possibility that the verdict would have been different had a *Vetrovec* warning been given. It must be kept in mind that the respondent was not entitled to a trial that excluded altogether the evidence of Balogh and King. The issue under s. 686(1)(b)(iii) is whether there is any reasonable possibility that it would have made any difference to the ultimate verdict *if their evidence had been accompanied by a warning* instead of merely being heaped with ridicule by defence counsel, as was the case here.

In reaching their verdict of first degree murder, the jury necessarily accepted the evidence of sexual assault contemporaneously with the murder, which was an added feature that did not depend at all on the story told by the jailhouse informants. In addition, the respondent made inculpatory state-

et *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595, le juge Iacobucci, aux pp. 620 et 621:

Par conséquent, il s’agit ici d’établir s’il y a la moindre possibilité que, en l’absence de l’élément de preuve attaqué, le juge des faits ait eu un doute raisonnable sur la culpabilité de l’accusé. [Je souligne.]

La question de savoir si un nouveau procès est nécessaire dépend en grande partie de la mesure dans laquelle la déclaration de culpabilité repose sur la déposition du témoin douteux. Dans la plupart des cas, le rôle du témoin dont la déposition est suffisamment importante au départ pour requérir la mise en garde de type *Vetrovec* sera vraisemblablement assez central pour empêcher l’application du sous-al. 686(1)(b)(iii), comme dans le jugement *R. c. Sanderson* (1999), 134 Man. R. (2d) 191 (C.A.), à la p. 194 (où la déposition du témoin douteux était [TRADUCTION] «[l]e seul élément de preuve présenté par le ministère public qui impliquait» l’accusé), et dans *R. c. Siu* (1998), 124 C.C.C. (3d) 301 (C.A.C.-B.), à la p. 330 ([TRADUCTION] «le ministère public n’aurait disposé de pratiquement aucune preuve sans» la déposition du témoin douteux). Dans ces cas, il serait clairement erroné d’appliquer la disposition réparatrice.

Je ne partage pas l’avis du juge Major quant à savoir si, dans la *présente* affaire, il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si une mise en garde de type *Vetrovec* avait été faite. Il faut se rappeler que l’intimé n’avait pas droit à un procès totalement dépourvu du témoignage de Balogh et de King. La question qui se pose en vertu du sous-al. 686(1)(b)(iii) est de savoir s’il existe une possibilité raisonnable que le verdict prononcé en fin de compte eût été différent *si leur témoignage avait été assorti d’une mise en garde* au lieu d’être simplement ridiculisé par l’avocat de la défense, comme cela a été fait en l’espèce.

En rendant un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, le jury a nécessairement retenu la preuve d’une agression sexuelle commise au moment du meurtre, laquelle constituait un élément supplémentaire n’ayant absolument rien à voir avec le récit des informateurs dans un établis-

137

138

139

ments to other people, including the victim's mother. All of this evidence was consistent with, *and was not tainted by*, the testimony of Balogh and King. I thus conclude that the application of s. 686(1)(b)(iii) is justified on six grounds.

1. Other Inculpatory Statements Made by the Respondent

140

The victim's mother testified that the respondent had whispered to her more than once in the ambulance on the way to the hospital with the dead child that he was sorry "for what he had done" (emphasis added). This was vigorously challenged in cross-examination, but the witness remained adamant:

Q. And you said that Mr. Brooks said "I'm sorry, I'm sorry for what I've done"?

A. Yes sir.

Q. Now that's not at all what Mr. Brooks said, was it?'

A. That's exactly what Mr. Brooks said.

Q. He said "I'm sorry"?

A. No, sorry, he said he was sorry, he was sorry for what he had done.

. . .

Q. I take it that you were terribly concerned about the death of your daughter?

A. Yes sir.

Q. And somebody has just said to you, "I'm sorry for what I've done" and you said "Thanks"?

A. No, I did not say thanks.

Q. Or you stare straight ahead?

A. I don't know what I was thinking sir, but I remember I didn't say nothing.

Q. Miss Johnings, that is a lie?

A. No, it's not sir.

Q. What Fred said to you, more than once, in a low voice, sometimes he mouthed it, is just "I'm sorry"?

sement de détention. De plus, l'intimé avait fait des déclarations incriminantes à d'autres personnes, dont la mère de la victime. Toute cette preuve était compatible avec le témoignage de Balogh et de King, *et non pas viciée* par leur témoignage. Je conclus donc que l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) est justifiée pour six raisons.

1. Les autres déclarations incriminantes de l'intimé

La mère de la victime a affirmé, dans son témoignage, que l'intimé lui avait chuchoté plus d'une fois à l'oreille dans l'ambulance, pendant que l'enfant décédée était transportée à l'hôpital, qu'il était désolé [TRADUCTION] «de ce qu'il avait fait» (je souligne). Cette affirmation a fait l'objet d'un contre-interrogatoire serré, mais le témoin est demeuré inébranlable:

[TRADUCTION]

Q. Et vous avez affirmé que M. Brooks avait dit «Je suis désolé, je suis désolé de ce que j'ai fait»?

R. Oui monsieur.

Q. Maintenant, ce n'est pas tout ce que M. Brooks a dit, n'est-ce pas?

R. C'est exactement ce que M. Brooks a dit.

Q. Il a dit «Je suis désolé»?

R. Non, désolé, il a dit qu'il était désolé, qu'il était désolé de ce qu'il avait fait.

. . .

Q. Je suppose que vous étiez terriblement affectée par le décès de votre fille?

R. Oui monsieur.

Q. Et quelqu'un vous a simplement dit «Je suis désolé de ce que j'ai fait», et vous avez dit «Merci»?

R. Non, je n'ai pas dit merci.

Q. Ou vous regardiez droit devant vous?

R. Je ne sais pas à quoi je pensais monsieur, mais je me souviens de n'avoir rien dit.

Q. Madame Johnings, c'est un mensonge?

R. Non, monsieur.

Q. Ce que Fred vous a dit, plus d'une fois, à voix basse, parfois du bout des lèvres, c'est seulement «Je suis désolé»?

A. No sir.

Q. That's all he said is "I'm sorry"?

A. No sir.

Q. And he said that because what would you expect him to say when he finds out that your daughter's dead?

A. He said more than that sir.

The sting of these statements depended on what interpretation the jury placed on them, but it is evident from the jury's verdict that its members believed the mother's version of events and disbelieved the respondent's, and that the reference to "what he had done" was taken to refer to his treatment of Samantha that had resulted in her death.

2. Verdict of Sexual Assault

It was not disputed that the appellant was the only male who had access to the child on the day that she was murdered. The jury was instructed that in order to return a verdict of first degree murder, which the jury did, "you must be satisfied beyond a reasonable doubt that in addition to everything required for second degree murder, the accused caused the death of Samantha Johnings *while committing or attempting to commit the sexual assault*" (emphasis added). While the DNA results were inconclusive, there is no doubt that male semen was present in the dead child's anus and in her vagina. The uncontradicted evidence was that Samantha had been bathed on both December 12 and 13, and the expert evidence was that the bathing combined with the bacterial environment of a child in diapers would tend to degrade the sperm quickly. The only persons (male or female) with access to Samantha between the time she was put to bed and the time she was discovered dead were the mother and the respondent. The mother testified that she saw the respondent in Samantha's bedroom at 2:00 a.m. on the morning of her death, wrapping the child in a blanket. The jury clearly rejected the possibility that the sperm had been picked up from the blanket, and this rejection was supported by Dr. Rao's evidence that semen would be highly unlikely to migrate into the vagina from simple contact of the child's outer

R. Non monsieur.

Q. C'est tout ce qu'il a dit «Je suis désolé»?

R. Non monsieur.

Q. Et c'est ce qu'il a dit parce que c'était la seule chose à dire en apprenant la mort de votre fille?

R. Il en a dit davantage monsieur.

La force de ces déclarations dépendait de leur interprétation par le jury, mais il ressort clairement du verdict prononcé par les membres du jury que ceux-ci ont ajouté foi à la version des faits de la mère et n'ont pas cru l'intimé, et qu'ils ont considéré que la mention de [TRADUCTION] «ce qu'il avait fait» s'entendait du traitement qu'il avait infligé à Samantha et qui avait causé son décès.

2. Le verdict relatif à l'agression sexuelle

Aucune des parties n'a contesté que l'appellant était le seul homme qui avait eu accès auprès de l'enfant le jour où elle a été assassinée. Le jury a été informé que, pour rendre un verdict de culpabilité de meurtre au premier degré, qu'il a effectivement rendu, [TRADUCTION] «vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que, en plus de tous les éléments requis pour qu'il y ait meurtre au deuxième degré, l'accusé a causé la mort de Samantha Johnings *en perpétrant ou en tentant de perpétrer l'agression sexuelle*» (italiques ajoutés). Bien que l'analyse de l'ADN n'ait pas été concluante, il ne fait aucun doute qu'il y avait du sperme dans l'anus et le vagin de l'enfant décédée. La preuve non contredite indiquait que Samantha avait été baignée les 12 et 13 décembre et, d'après la preuve d'expert, le bain et les bactéries auxquelles est exposé un enfant qui porte la couche contribueraient à détériorer le sperme rapidement. Les seules personnes (hommes ou femmes) qui ont eu accès auprès de Samantha entre le moment où elle a été mise au lit et celui où elle a été trouvée sans vie sont la mère et l'intimé. La mère a témoigné avoir vu l'intimé envelopper Samantha dans une couverture, à 2 h du matin le jour du décès, alors qu'il se trouvait dans la chambre de l'enfant. Le jury a clairement écarté la possibilité que le sperme ait provenu de la couverture, ce qui était étayé par le témoignage du Dr Rao selon

body with a semen stain deposited on bedding at an earlier time. The respondent's grey track pants revealed deposits of Samantha's blood and the respondent's semen, as well as some residue thought to be Samantha's fruit juice. The evidence of Constable Bennett and the mother tended to confirm that the respondent was wearing his grey track pants at the time of Samantha's murder. The notion that another male slipped into the child's bedroom and committed the sexual assault just before or after the mother committed the murder has no support in the evidence.

lequel il était fort improbable que du sperme ait pénétré dans le vagin de l'enfant au seul contact de sa peau avec une tache de sperme qui se trouvait déjà sur la literie. On a trouvé du sang de Samantha et du sperme de l'intimé sur le pantalon de survêtement gris de ce dernier, de même que ce qui semblait être des résidus du jus de fruits de Samantha. Le témoignage de l'agent Bennett et de la mère tendait à confirmer que l'intimé portait son pantalon de survêtement gris au moment du meurtre de l'enfant. La preuve n'étaye aucunement l'idée qu'un autre homme s'est introduit dans la chambre de l'enfant et a commis l'agression sexuelle juste avant ou après que la mère eut commis le meurtre.

142 My colleague Major J. draws attention to matters in the record that *could* have raised a reasonable doubt in the jurors' minds regarding the sexual assault, but it is clear that at the actual trial they did not do so. The point here is that in order to find the respondent guilty of first degree murder the jury not only had to entirely reject the respondent's evidence but had to accept the circumstantial evidence of sexual assault by the respondent that did not depend on the jailhouse confession supplied by Balogh and King. I cannot believe that a jury that was prepared to conclude that the respondent was guilty of sex with the 19-month-old girl at the time of her murder would have reached a different conclusion because of a warning to treat with caution the evidence of Balogh and King of *non*-sexual physical violence on the night in question.

Mon collègue le juge Major signale des éléments du dossier qui auraient *pu* faire naître dans l'esprit des jurés un doute raisonnable concernant l'agression sexuelle, mais il est clair que ces éléments n'ont pas eu cet effet au procès. Il reste que, pour déclarer l'intimé coupable de meurtre au premier degré, le jury devait non seulement écarter totalement la preuve offerte par l'intimé, mais également retenir la preuve circonstancielle d'une agression sexuelle par l'intimé qui n'avait rien à voir avec l'aveu d'un codétenu rapporté par Balogh et King. Je ne puis croire qu'un jury disposé à conclure que l'intimé était coupable d'avoir agressé sexuellement une fillette de 19 mois au moment du meurtre de celle-ci serait arrivé à une conclusion différente s'il avait été prévenu de traiter avec circonspection le témoignage de Balogh et de King concernant les actes de violence physique de caractère *non* sexuel survenus la nuit en question.

3. Respondent's Relationship with the Victim

3. Les rapports de l'intimé avec la victime

143 There was already ample evidence from Samantha's relatives on the issue of the respondent's pattern of violence towards Samantha, albeit not in relation to the night of her murder. The respondent himself acknowledged that there were bruise marks close to Samantha's vaginal area when he bathed her earlier that day, but he said he did not know where they came from. The respondent's suggestion that the mother, Norma Jean, in a fury murdered her own child was not consistent

Des membres de la famille de Samantha avaient déjà amplement témoigné que l'intimé avait l'habitude d'être violent dans ses rapports avec Samantha, même s'ils ne l'avaient pas fait relativement à la nuit où celle-ci a été assassinée. L'intimé a lui-même reconnu que Samantha avait des contusions près de son vagin lorsqu'il l'avait baignée plus tôt ce jour-là, mais il a dit en ignorer la cause. L'idée de l'intimé voulant que ce fut la mère, Norma Jean, qui dans un accès de colère avait tué son pro-

with the respondent's own statement to the police that the mother did *not* have a bad temper:

Q. She's got a bad temper?

A. Norma, ah, no.

Q. No?

A. Nope.

Q. You've never seen her blow her cool?

A. No.

Q. How about you, do you blow your cool?

A. Ah, I try to hold it in and that there, cause I get frustrated a lot, and I'll just hold it in instead of exploding, cause if I explode, I get myself into trouble, so I, hold it in.

Although the mother was criticized for lack of parenting skills and some inappropriate discipline of Samantha (who was given to the occasional tantrum and flailing of arms and legs), all of the witnesses, including the respondent, agreed that she loved Samantha and that the child was well nourished and thriving. There was no evidence of any significant physical injuries inflicted at any time by the mother. Her expressed concern to the ambulance attendant that she might have hurt or even killed her baby was in the context of talking about thumping the baby's back in a futile effort to revive the child after she was found comatose in her crib, i.e., after she was already dead. The respondent, on the other hand, was said to have inflicted several injuries on Samantha in their short period of cohabitation in exasperation because of her crying, including picking the child up and throwing her about a metre into the wooden base of a couch with a "heavy thud" a few weeks before the murder. The jury heard that Samantha had a crying fit the night of her murder.

4. A *Vetrovec* Warning Would Likely Have Been Accompanied by a Review of the Corroborative Evidence

pre enfant n'était pas compatible avec sa propre déclaration aux policiers selon laquelle la mère n'avait *pas* mauvais caractère:

[TRADUCTION]

Q. Elle a mauvais caractère?

R. Norma, euh, non.

Q. Non?

R. Non.

Q. Vous ne l'avez jamais vue perdre son sang-froid?

R. Non.

Q. Et vous, est-ce qu'il vous arrive de perdre votre sang-froid?

R. Eh bien, j'essaie de rester calme, parce que je deviens très frustré, et je me retiens simplement au lieu d'exploser, car si j'explose, je m'attire des ennuis, donc je me retiens.

Même si on a reproché à la mère son inhabileté à s'acquitter de ses responsabilités de mère et certaines corrections inappropriées infligées à Samantha (qui avait tendance à piquer des crises de colère et à devenir agitée), tous les témoins, y compris l'intimé, ont convenu qu'elle aimait Samantha et que l'enfant était bien nourrie et en bonne santé. Il n'y avait aucune preuve que des blessures importantes avaient été infligées par la mère à quelque moment que ce soit. Lorsqu'elle a dit à l'ambulancier qu'elle craignait d'avoir blessé et même tué son bébé, elle racontait alors qu'elle avait tenté vainement de le réanimer en lui donnant des tapes dans le dos après l'avoir trouvé comateux dans son lit, c'est-à-dire au moment où il était déjà mort. Par contre, on avait dit que, pendant sa courte période de cohabitation avec Norma Jean, l'intimé avait infligé plusieurs blessures à Samantha parce que ses pleurs l'exaspéraient. Quelques semaines avant le meurtre, il aurait notamment projeté l'enfant sur une distance d'environ un mètre contre l'armature en bois d'un divan, et [TRADUCTION] un «grand bruit sourd» aurait alors été entendu. On a dit au jury que Samantha avait fait une crise de larmes la nuit où elle a été assassinée.

4. Une mise en garde de type *Vetrovec* aurait vraisemblablement été assortie d'un examen de la preuve corroborante

144 Consideration of the likely impact of the failure to give a *Vetrovec* warning must also be qualified by the trial judge's undoubted discretion to bring to the jury's attention other evidence capable of corroborating the testimony of Balogh and King, specifically their knowledge of some details of the respondent's relationship with the mother and Samantha and some details of the child's injuries which the jury might think would be unlikely to be known to Balogh and King unless told to them by the respondent. As stated, the respondent was not entitled to a trial free of the evidence of Balogh and King. He was entitled only to a *Vetrovec* warning, which in this case would have been a mixed blessing, as defence counsel perhaps acknowledged by his lack of objection to the trial judge's failure to deliver a *Vetrovec* warning.

5. Lack of Objection by the Defence

145 While the Crown correctly concedes that lack of objection does not foreclose the right of the respondent to a proper instruction by the trial judge on the issue of jailhouse confessions, such failure usefully indicates the absence of prejudice in the professional opinion of experienced counsel who was retained to protect the interests of the accused and who was fully alive to the atmosphere and dynamics of the trial. The position taken by defence counsel in that sense is properly considered as a factor in the application of the curative provision.

6. An Otherwise Favourable Jury Instruction

146 Finally, while the jury charge was insufficient to constitute a proper *Vetrovec* warning, it laid out other issues very fairly, many of them in a manner favourable to the respondent.

147 For these reasons, I conclude that the failure of the trial judge to give a *Vetrovec* warning was an

L'analyse de l'incidence probable de l'omission de faire une mise en garde de type *Vetrovec* doit aussi tenir compte du pouvoir discrétionnaire incontestable du juge du procès d'attirer l'attention du jury sur d'autres éléments de preuve susceptibles de corroborer le témoignage de Balogh et de King, notamment leur connaissance de certains détails des rapports de l'intimé avec Samantha et la mère de cette dernière, de même que certains détails des blessures infligées à l'enfant qui, d'après ce que le jury pourrait croire, ne seraient probablement pas connus de Balogh et King s'ils ne leur avaient pas été communiqués par l'intimé. Comme nous l'avons vu, l'intimé n'avait pas droit à un procès dépourvu du témoignage de Balogh et de King. Il n'avait droit qu'à une mise en garde de type *Vetrovec* qui, en l'espèce, aurait comporté à la fois des avantages et des désavantages, ce qui pourrait expliquer pourquoi l'avocat de la défense ne s'est pas opposé à l'omission du juge du procès de la faire.

5. L'absence d'objection de la part de la défense

Même si le ministère public reconnaît à juste titre qu'elle n'a pas pour effet de priver l'intimé de son droit à ce que le juge du procès donne des directives appropriées sur la question des aveux faits par un codétenu, l'absence d'objection de la part de l'avocat expérimenté dont les services avaient été retenus pour protéger les intérêts de l'accusé et qui était parfaitement conscient de l'atmosphère et de la dynamique du procès reflète utilement son avis professionnel qu'aucun préjudice ne résultait. Ainsi, la position adoptée à cet égard par l'avocat de la défense est à juste titre considérée comme un facteur qui entre en jeu dans l'application de la disposition réparatrice.

6. Des directives au jury par ailleurs favorables

Enfin, même si l'exposé au jury n'était pas suffisant pour constituer une mise en garde de type *Vetrovec* appropriée, d'autres questions y ont été présentées d'une manière très équitable et souvent favorable à l'intimé.

Pour ces motifs, je conclus que l'omission du juge du procès de faire une mise en garde de type

error of law, but that there is no *reasonable* possibility the jury would have rendered a different verdict had the proper warning been given. The Crown bears a heavy onus in seeking the application of the curative provision of s. 686(1)(b)(iii) but, for the reasons given, it is my view that justice does not require a new trial on the particular facts of this case. The appeal should therefore be allowed and the respondent's conviction and sentence restored.

Appeal allowed, IACOBUCCI, MAJOR and ARBOUR JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent: Irwin Koziobrocki, Toronto.

Vetrovec constituait une erreur de droit, mais qu'il n'existe aucune possibilité *raisonnable* que le jury eût rendu un verdict différent si la mise en garde appropriée avait été faite. Un lourd fardeau incombe au ministère public lorsqu'il cherche à faire appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii), mais pour les motifs déjà exposés, j'estime que, d'après les faits de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de tenir un nouveau procès pour que justice soit rendue. Il y a donc lieu d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité et la peine de l'intimé.

Pourvoi accueilli, les juges IACOBUCCI, MAJOR et ARBOUR sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé: Irwin Koziobrocki, Toronto.

James Ingles Appellant

v.

The Corporation of the City of Toronto Respondent

INDEXED AS: INGLES v. TUTKALUK CONSTRUCTION LTD.

Neutral citation: 2000 SCC 12.

File No.: 26634.

1999: October 8; 2000: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Negligence — Duty of care — Municipalities — Building inspection — Homeowner engaging contractor to renovate house — Owner aware that building permit required in order to obtain inspection of work — Owner accepting contractor's advice to commence construction prior to obtaining building permit — Construction partially completed when permit obtained — Building inspectors unable to inspect critical aspect of construction and relying on contractor's assurances that it conformed to building code — Work proving defective — Owner paying for extensive repairs and suing municipality for negligent inspection — Whether municipality owed duty of care to owner in conducting inspection — Whether owner's conduct absolved municipality of all or part of its liability.

Municipal law — Building inspection — Negligence — Municipal liability — Duty of care — Homeowner engaging contractor to renovate house — Owner aware that building permit required in order to obtain inspection of work — Owner accepting contractor's advice to commence construction prior to obtaining building permit — Construction partially completed when permit obtained — Building inspectors unable to inspect critical aspect of construction and relying on contractor's assurances that it conformed to building code — Work

James Ingles Appellant

c.

La cité de Toronto Intimée

RÉPERTORIÉ: INGLES c. TUTKALUK CONSTRUCTION LTD.

Référence neutre: 2000 CSC 12.

N° du greffe: 26634.

1999: 8 octobre; 2000: 2 mars.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Négligence — Obligation de diligence — Municipalités — Inspection du bâtiment — Entrepreneur engagé par le propriétaire d'une maison afin d'y faire des rénovations — Propriétaire au fait de la nécessité de se procurer un permis de construction afin d'obtenir l'inspection des travaux — Acceptation par le propriétaire du conseil de l'entrepreneur de commencer les travaux avant l'obtention du permis — Travaux partiellement terminés au moment de l'obtention du permis — Impossibilité pour les inspecteurs en bâtiment d'inspecter un élément essentiel des travaux — Acceptation par les inspecteurs des assurances données par l'entrepreneur quant à la conformité de cet ouvrage aux exigences du code du bâtiment — Ouvrage affecté de vices — Propriétaire tenu de faire effectuer d'importantes réparations — Action intentée par le propriétaire contre la municipalité pour inspection négligente — La municipalité était-elle tenue à une obligation de diligence envers le propriétaire dans l'exécution de l'inspection? — La conduite du propriétaire a-t-elle eu pour effet de décharger la municipalité de tout ou partie de sa responsabilité?

Droit municipal — Inspection du bâtiment — Négligence — Responsabilité des municipalités — Obligation de diligence — Entrepreneur engagé par le propriétaire d'une maison afin d'y faire des rénovations — Propriétaire au fait de la nécessité de se procurer un permis de construction afin d'obtenir l'inspection des travaux — Acceptation par le propriétaire du conseil de l'entrepreneur de commencer les travaux avant l'obtention du permis — Travaux partiellement terminés au moment de l'obtention du permis — Impossibilité pour les inspec-

proving defective — Owner paying for extensive repairs and suing municipality for negligent inspection — Whether municipality owed duty of care to owner in conducting inspection — Whether owner's conduct absolved municipality of all or part of its liability.

The appellant hired a contractor to renovate his basement. This project required the installation of underpinnings under the existing foundation to prevent the walls from cracking and the home from collapsing. Although the contract specified that the contractor would obtain a building permit prior to commencing construction, and the appellant wanted the permit obtained and inspection made, the contractor convinced him that construction should commence before the building permit was obtained. By the time the permit was issued, the underpinnings had been completed, but were concealed by subsequent construction. It was impossible to determine with a visual inspection whether the underpinnings conformed to the building code. Because it was raining the day of the first inspection, the inspector could not dig a hole next to the underpinnings to determine their depth. He relied instead upon the contractor's assurances that the underpinnings were properly constructed, without verifying this information, except for an examination of the concrete. The appellant began to experience flooding in the basement shortly after the construction had been completed. He hired another contractor, who determined that the underpinnings were completely inadequate and failed to meet the standard prescribed in the *Building Code Act*, and who made the repairs. The appellant sued the first contractor in contract and the respondent city for negligence. The trial judge allowed the action and, after deducting an amount to reflect the appellant's contributory negligence, held the contractor and the city jointly and severally liable, and apportioned damages of \$49,368.80 between them. The Court of Appeal set aside the decision, holding that by allowing the construction to proceed without a permit, the appellant had removed himself from the class of persons to whom the city owed a duty of care.

Held: The appeal should be allowed.

teurs en bâtiment d'inspecter un élément essentiel des travaux — Acceptation par les inspecteurs des assurances données par l'entrepreneur quant à la conformité de cet ouvrage aux exigences du code du bâtiment — Ouvrage affecté de vices — Propriétaire tenu de faire effectuer d'importantes réparations — Action intentée par le propriétaire contre la municipalité pour inspection négligente — La municipalité était-elle tenue à une obligation de diligence envers le propriétaire dans l'exécution de l'inspection? — La conduite du propriétaire a-t-elle eu pour effet de dégager la municipalité de tout ou partie de sa responsabilité?

L'appellant a engagé un entrepreneur pour qu'il fasse des rénovations dans le sous-sol de sa maison. Pour réaliser ce projet, il était nécessaire d'installer des étais (par reprise en sous-cœuvres) sous les fondations existantes pour empêcher les murs de se lézarder et la maison de s'écrouler. Le contrat stipulait que l'entrepreneur devait obtenir un permis avant de commencer les travaux de construction, et l'appellant désirait que ce permis soit obtenu et que les travaux soient inspectés. Toutefois, l'entrepreneur l'a convaincu de commencer les travaux sans permis. Lorsque le permis a été délivré, les étais avaient déjà été installés et étaient dissimulés par des travaux effectués ultérieurement. Il était impossible de déterminer visuellement si les étais étaient conformes aux exigences du code du bâtiment. Étant donné qu'il pleuvait le jour de l'inspection, l'inspecteur n'était pas en mesure de creuser le long des étais pour mesurer leur profondeur. Il s'en est plutôt remis aux assurances de l'entrepreneur que les étais avaient été installés adéquatement, sans vérifier cette affirmation, se contentant d'examiner le ciment. L'appellant a eu des problèmes d'infiltration d'eau dans son sous-sol peu de temps après la fin des travaux. Il a retenu les services d'un autre entrepreneur. Celui-ci a déterminé que les étais qui avaient été installés étaient tout à fait inadéquats et ne respectaient pas les normes prescrites par la *Loi sur le code du bâtiment*, et il a effectué les réparations. L'appellant a poursuivi la ville intimée en négligence et le premier entrepreneur sur le fondement du contrat. Le juge de première instance a accueilli l'action et, après déduction d'une certaine somme pour tenir compte de la négligence contributive de l'appellant, il a déclaré la ville et l'entrepreneur solidairement responsables et partagé entre eux la responsabilité à l'égard de la somme de 49 368,80 \$ accordée au titre des dommages-intérêts. La Cour d'appel a annulé cette décision, estimant que, en autorisant l'entrepreneur à effectuer les travaux sans le permis requis, l'appellant s'était exclu de la catégorie des personnes visées par l'obligation de diligence de la ville.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The *Anns/Kamloops* test should be applied to determine whether a public body owes a duty of care toward individuals. Under the first branch of the test, a *prima facie* duty of care will be established if it can be shown that a relationship of proximity existed between the parties such that it was reasonably foreseeable that carelessness on the part of the public actor would result in injury to the individual. Under the second branch of the test, the court must examine the legislation which governs the public authority to determine whether a private law duty should be imposed in the circumstances. Such legislation includes statutes which confer a power but leave the scale on which it is to be exercised to the discretion of the public authority, so that where the authority elects to perform the authorized act, and does so negligently, there is a duty at the operational level to use due care. Inspection schemes fall within this category of legislation, and in order to subject the local authority to a private law duty of care, it must be determined whether the inspection scheme represents a policy decision reached by the local authority which is exempt from civil liability, or whether that policy has been implemented at the operational level. Once the policy decision is made to inspect, in certain circumstances, the authority owes a duty of care to all who may be injured by the negligent implementation of that policy. Municipalities are created by statute and have clear responsibility for health and safety. Any policy decision as to whether or not to inspect must accord with this statutory purpose. Once it is determined that an inspection has occurred and that a duty of care is owed by the public actor to all who might be injured by a negligent inspection, a traditional negligence analysis will be applied. To avoid liability, the government agency must exercise the standard of care in its inspection that would be expected of an ordinary, reasonable and prudent person in the circumstances.

The first step in the *Anns/Kamloops* test is met. A *prima facie* duty of care arose by virtue of the sufficient relationship of proximity between the appellant and the city, such that it was foreseeable that a deficient inspec-

Le critère *Anns/Kamloops* est celui qui doit être appliqué pour déterminer si une entité publique a une obligation de diligence envers certains individus. Dans le cadre du premier volet de ce critère, l'existence *prima facie* d'une obligation de diligence est établie s'il peut être démontré qu'il y avait entre les parties un lien à ce point étroit qu'il était raisonnablement prévisible qu'un manque de diligence de l'entité publique causerait préjudice à l'individu concerné. Dans l'application du deuxième volet du critère, le tribunal doit examiner les dispositions législatives régissant l'autorité publique pour déterminer si celle-ci doit être assujettie à une obligation de droit privé dans les circonstances. Constituent de telles lois les lois qui confèrent certains pouvoirs à une autorité locale mais lui laissent le pouvoir discrétionnaire de décider dans quelle mesure ils seront exercés. Ainsi, si l'autorité choisit d'accomplir l'acte qu'elle est autorisée à faire et qu'elle s'en acquitte de façon négligente, elle a alors l'obligation de faire montre de diligence raisonnable dans l'exécution de celui-ci. Les régimes d'inspection relèvent de cette catégorie de lois, et pour déterminer si le régime d'inspection appliqué par une autorité locale donne naissance à une obligation de diligence de droit privé, le tribunal doit se demander si ce régime découle d'une décision de politique générale prise par l'autorité concernée et qui n'engage pas la responsabilité civile de celle-ci, ou s'il procède de la mise en œuvre d'une telle décision sur le plan opérationnel. L'organisme gouvernemental qui prend la décision de politique générale de procéder à des inspections dans certaines circonstances a alors une obligation de diligence envers tous ceux qui sont susceptibles de subir un préjudice par suite de l'application négligente de cette politique. Les municipalités sont créées par des lois et elles ont des responsabilités claires en matière de santé et de sécurité. Lorsqu'elles arrêtent la décision de politique générale d'inspecter ou non, cette décision doit être compatible avec ces responsabilités prévues par la loi. Lorsque le tribunal juge qu'il y a eu inspection et que l'entité publique a une obligation de diligence envers tous ceux qui pourraient subir un préjudice par suite d'une inspection effectuée négligemment, il procède à l'analyse classique en matière de négligence. Pour éviter d'engager sa responsabilité, l'organisme gouvernemental doit, dans l'exécution de ses inspections, agir de façon aussi diligente que le ferait une personne ordinaire, raisonnable et prudente placée dans la même situation.

Les exigences du premier volet du critère *Anns/Kamloops* ont été satisfaites. Une obligation de diligence *prima facie* a pris naissance du fait qu'il existait entre la ville et l'appelant un lien suffisamment

tion of the construction could result in damage to the property or injury to the owners. Under the second arm of the test, the *Building Code Act* was enacted to ensure the imposition of uniform standards of construction safety. In this case, a policy decision was made to inspect construction even if it had commenced prior to the issuance of a building permit. Once the city chose to implement this decision, and exercised its power to enter upon the premises to inspect the renovations at the appellant's home, it owed a duty of care to all who it is reasonable to conclude might be injured by the negligent exercise of that power.

The Court of Appeal erred in concluding that the appellant, through his own negligence, removed himself from the class of persons to whom a duty of care was owed. The negligent conduct of an owner-builder does not absolve a municipality of its duty to take reasonable care in exercising its power of inspection. A municipality will only be absolved completely of the liability which flows from an inspection which does not meet the standard of reasonable care in rare circumstances, when the conduct of the owner-builder is such as to make it impossible for the inspector to do anything to avoid the danger.

To avoid liability, a municipality must show that its inspectors exercised the standard of care that would be expected of an ordinary, reasonable and prudent inspector in the same circumstances. The measure of what constitutes a reasonable inspection will vary, depending on the facts of each case, including the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of that harm, and the burden or cost which would be incurred to prevent the injury. Municipalities will not be held to the standard of insurers for the work; nor are they required to discover every latent defect. A reasonable inspection in light of the circumstances is required. The *Building Code Act* delineates that a city can only be held liable for those defects which the municipal inspector could reasonably be expected to have detected and had the power to have remedied. Whether an inspection has met the standard of care is a question of fact, and once it is determined that a trial judge has applied the correct standard, an appeal court can only reverse the finding of whether the standard has been met if it can be established that a palpable or overriding error was made which affected the assessment of the facts. Here, the

étroit, de telle sorte qu'il était prévisible qu'une inspection déficiente des travaux pourrait entraîner des dommages matériels ou corporels pour les propriétaires de la maison. Suivant le deuxième volet du critère, la *Loi sur le code du bâtiment* a été édictée pour faire en sorte que les municipalités imposent et appliquent des normes uniformes de sécurité en matière de construction. En l'espèce, la ville a pris la décision de politique générale d'inspecter les travaux de construction, même si le permis a été délivré après le début de ceux-ci. Lorsque la ville a décidé de mettre en œuvre cette décision et qu'elle a exercé son pouvoir de visiter le domicile de l'appellant pour y inspecter les travaux de rénovation s'y déroulant, elle avait dès lors une obligation de diligence envers toutes les personnes dont il était raisonnable de penser qu'elles pourraient subir un préjudice en cas d'exercice négligent de ce pouvoir.

La Cour d'appel a fait erreur en jugeant que, de par sa propre négligence, l'appellant s'était exclu de la catégorie des personnes envers lesquelles la ville avait une obligation de diligence. La conduite négligente du propriétaire constructeur ne libère pas la municipalité de son obligation de faire montre de diligence raisonnable dans l'exercice de son pouvoir d'inspection. Une municipalité qui a effectué une inspection ne respectant pas la norme de diligence raisonnable n'est exonérée de toute responsabilité que dans les cas où la conduite du propriétaire constructeur a été telle qu'elle a empêché l'inspecteur de faire quoi que ce soit pour prévenir le danger.

Pour éviter que sa responsabilité soit engagée, la municipalité doit démontrer que ses inspecteurs ont agi de façon aussi diligente que le ferait un inspecteur ordinaire, raisonnable et prudent placé dans la même situation. Le caractère raisonnable de l'inspection variera selon les faits propres à chaque espèce, notamment la probabilité qu'un préjudice connu ou prévisible survienne, la gravité de ce préjudice et le fardeau ou le coût qu'il faudrait assumer pour le prévenir. Les municipalités ne sont pas tenues à une norme qui ferait d'elles les assureurs des travaux, et elles n'ont pas non plus l'obligation de découvrir tous les vices cachés. Ce qui est requis, c'est une inspection raisonnable eu égard aux circonstances. Suivant la *Loi sur le code du bâtiment*, la responsabilité de la ville ne peut être retenue qu'à l'égard des vices qu'il aurait été raisonnable qu'un inspecteur municipal découvre et dont il était habilité à ordonner la correction. La question de savoir si une inspection a respecté la norme de diligence requise est une question de fait et, lorsque la cour d'appel estime que le juge de première instance a appliqué la norme appropriée, elle ne peut infirmer les conclusions de celui-ci

trial judge concluded that in light of the contractor's failure to apply for the permit until after the underpinnings were put in, his failure to post the permit as required, and his failure to notify the inspector that the underpinnings were being installed, it would have been reasonable to conduct a more thorough inspection. The legislation authorized a more vigilant inspection as was required in the circumstances. By failing to exercise those powers to ensure that the underpinnings were compliant with the Code, the inspector failed to meet the standard of care that would have been expected of a reasonable and prudent inspector in the circumstances, and was therefore negligent.

While it is clear that the appellant was negligent in relying on the contractor's advice that it was appropriate to proceed with construction before the permit was obtained, in order to avail itself of the defence set out in *Rothfield*, the city must show that the appellant's conduct was such as to make him the sole source of his loss. His conduct must amount to a flouting of the inspection scheme. Here, the Court of Appeal erred in concluding that the appellant had flouted the inspection regulations, and in absolving the city of all liability. The concept of "flouting" denotes conduct which extends far beyond mere negligence on the part of the owner-builder.

The apportionment of liability is primarily a matter within the province of the trial judge and appellate courts should not interfere with a trial judge's apportionment unless there is demonstrable error in his appreciation of the facts or applicable legal principles. No such demonstrable error was shown in this case and the trial judge's apportionment of fault should be restored. Further, prejudgment interest at the rate prescribed by the trial judge is also restored, there being no reason to interfere with his discretion under the *Courts of Justice Act*.

Cases Cited

Applied: *Anns v. Merton London Borough Council*, [1977] 2 All E.R. 492; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2

relativement à la question de savoir si cette norme a été respectée que s'il peut être établi que le juge a commis une erreur manifeste et dominante ayant faussé son appréciation des faits. En l'espèce, le juge de première instance a estimé qu'il aurait été raisonnable de faire une inspection plus approfondie, compte tenu du fait que l'entrepreneur n'avait pas demandé de permis, qu'il n'avait pas affiché le permis comme il était tenu de le faire et qu'il n'avait pas avisé l'inspecteur que les étais avaient été installés. La loi habilitait la tenue de l'inspection plus vigilante requise dans les circonstances. En n'exerçant pas ces pouvoirs afin de s'assurer que les étais étaient conformes aux exigences du Code, l'inspecteur n'a pas appliqué la norme de diligence attendue d'un inspecteur ordinaire, raisonnable et prudent dans les circonstances, et il a par conséquent fait montre de négligence.

Quoiqu'il soit évident que l'appellant s'est montré négligent en se fiant à l'opinion de l'entrepreneur que les travaux de construction pouvaient fort bien être entrepris sans permis, pour que la municipalité puisse invoquer le moyen de défense décrit dans *Rothfield*, elle doit prouver que la conduite de l'appellant a été telle qu'elle l'a rendu seul responsable de sa perte. Sa conduite doit être qualifiée de mépris du régime d'inspection. Dans le présent cas, la Cour d'appel en fait erreur en jugeant que l'appellant avait fait fi des règlements d'inspection, et en dégageant la ville de toute responsabilité. La notion de «mépris» évoque, de la part du propriétaire constructeur, une conduite qui va bien au-delà de la simple négligence.

Le partage de la responsabilité est une question qui relève au premier chef du juge de première instance, et les tribunaux d'appel ne devraient intervenir que si ce dernier a commis une erreur démontrable dans l'appréciation des faits ou des principes juridiques applicables. On n'a fait la preuve d'aucune erreur de cette nature en l'espèce et le partage de la responsabilité déterminé par le juge de première instance devrait être rétabli. Sa décision accordant les intérêts avant jugement est également rétablie, et ce au taux qu'il avait fixé, vu l'absence de raison d'intervenir relativement à l'exercice par ce dernier du pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi sur les tribunaux judiciaires* à cet égard.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Anns c. Merton London Borough Council*, [1977] 2 All E.R. 492; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Stein c. Le navire «Kathy K»*,

S.C.R. 802; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; **considered:** *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259; **distinguished:** *McCrea v. White Rock*, [1975] 2 W.W.R. 593; *Leischner v. West Kootenay Power & Light Co.* (1986), 24 D.L.R. (4th) 641; *Hospitality Investments Ltd. v. Everett Lord Building Construction Ltd.*, [1996] 3 S.C.R. 605; **referred to:** *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Acrecrest Ltd. v. Hattrell & Partners*, [1983] 1 All E.R. 17; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *Fitzgerald v. Lane*, [1988] 2 All E.R. 961; *Colonial Coach Lines Ltd. v. Bennett*, [1968] 1 O.R. 333; *Menow v. Honsberger Ltd.*, [1970] 1 O.R. 54, aff'd [1971] 1 O.R. 129, aff'd [1974] S.C.R. 239 (sub nom. *Jordan House Ltd. v. Menow*); *Hospitality Investments Ltd. v. Lord (Everett) Building Construction Ltd.* (1993), 143 N.B.R. (2d) 258.

Statutes and Regulations Cited

Building Code Act, R.S.O. 1980, c. 51.
Building Code Act, R.S.O. 1990, c. B.13, ss. 3, 5(1), 6, 8, 9, 10, 11.
Building Code Act, 1992, S.O. 1992, c. 23, s. 13(6).
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 130.
Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 2(c).
Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1, ss. 1, 3.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29 [rep. & sub. SOR/93-488; am. SOR/95-325].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 38 O.R. (3d) 384, 158 D.L.R. (4th) 147, 107 O.A.C. 310, 37 C.L.R. (2d) 192, 46 M.P.L.R. (2d) 1, [1998] O.J. No. 1126 (QL), setting aside a judgment of the Ontario Court, General Division (1994), 18 C.L.R. (2d) 67 and 82, 24 M.P.L.R. (2d) 293 and 308, [1994] O.J. No. 1714 (QL) and [1995] O.J. No. 231 (QL), allowing in part the plaintiff's claim for damages for negligence. Appeal allowed.

Philip Anisman and Barbara J. Murchie, for the appellant.

Diana W. Dimmer and Naomi Brown, for the respondent.

[1976] 2 R.C.S. 802; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; **arrêt examiné:** *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259; **distinction d'avec les arrêts:** *McCrea c. White Rock*, [1975] 2 W.W.R. 593; *Leischner c. West Kootenay Power & Light Co.* (1986), 24 D.L.R. (4th) 641; *Hospitality Investments Ltd. c. Everett Lord Building Construction Ltd.*, [1996] 3 R.C.S. 605; **arrêts mentionnés:** *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Acrecrest Ltd. c. Hattrell & Partners*, [1983] 1 All E.R. 17; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *Fitzgerald c. Lane*, [1988] 2 All E.R. 961; *Colonial Coach Lines Ltd. c. Bennett*, [1968] 1 O.R. 333; *Menow c. Honsberger Ltd.*, [1970] 1 O.R. 54, conf. par [1971] 1 O.R. 129, conf. par [1974] R.C.S. 239 (sub nom. *Jordan House Ltd. c. Menow*); *Hospitality Investments Ltd. c. Lord (Everett) Building Construction Ltd.* (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 258.

Lois et règlements cités

Loi de 1992 sur le code du bâtiment, L.O. 1992, ch. 23, art. 13(6).
Loi sur le code du bâtiment, L.R.O. 1980, ch. 51.
Loi sur le code du bâtiment, L.R.O. 1990, ch. B.13, art. 3, 5(1), 6, 8, 9, 10, 11.
Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1990, ch. N.1, art. 1, 3.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 130.
Negligence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 2(c).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29 [abr. & rempl. DORS/93-488; mod. DORS/95-325].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 38 O.R. (3d) 384, 158 D.L.R. (4th) 147, 107 O.A.C. 310, 37 C.L.R. (2d) 192, 46 M.P.L.R. (2d) 1, [1998] O.J. No. 1126 (QL), annulant le jugement de la Cour de l'Ontario, Division générale (1994), 18 C.L.R. (2d) 67 et 82, 24 M.P.L.R. (2d) 293 et 308, [1994] O.J. No. 1714 (QL) et [1995] O.J. No. 231 (QL), qui avait accueilli en partie l'action en dommages-intérêts pour cause de négligence présentée par le demandeur. Pourvoi accueilli.

Philip Anisman et Barbara J. Murchie, pour l'appellant.

Diana W. Dimmer et Naomi Brown, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

1 The issue to be resolved in this appeal is the liability of a public authority for breach of its duty of care in the exercise of a function that it has undertaken pursuant to a policy decision to that effect.

II. Factual Background

2 The appellant Mr. Ingles and his wife own an 80-year-old home in Toronto. In 1990, they decided to renovate the basement of the home, lowering it by 18 inches, and to build a patio at the rear of the house. Lowering the basement would necessitate installing underpinnings under the existing foundations of the house to keep the walls from cracking and the house from falling down. They hired a contractor, Tutkaluk Construction Limited (“Tutkaluk”) to do the work. The contract specified that the contractor would apply for and obtain a building permit and offered him an extra \$500 for doing so. Mr. Ingles knew that a building permit was required to ensure that an inspection of the renovations would take place. He wanted such an inspection to ensure that the construction was being done properly.

3 Tutkaluk informed Mr. Ingles and his wife that the work would be delayed if it had to obtain a building permit before starting the renovations. Mr. Ingles reluctantly agreed that the work should begin as soon as possible, without the permit. Both Mr. Ingles and his wife asked the contractor several times in the following weeks to apply for the permit. The respondent, City of Toronto, received and approved the application for the permit two weeks after construction had begun. At this point, the underpinning work had already been com-

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur la responsabilité d'une autorité publique qui manque à l'obligation de diligence à laquelle elle est tenue dans l'exercice d'une fonction qu'elle a choisie d'accomplir conformément à une décision de politique générale à cet effet.

II. Les faits

L'appelant Ingles et son épouse sont propriétaires, à Toronto, d'une maison vieille de 80 ans. En 1990, ils ont décidé de rénover le sous-sol de la maison, notamment en l'approfondissant de 18 pouces, et de construire une terrasse à l'arrière de la maison. Pour approfondir le sous-sol, il fallait installer des étais (par reprise en sous-œuvre) sous les fondations existantes pour empêcher les murs de se lézarder et la maison de s'écrouler. Les propriétaires ont confié les travaux à un entrepreneur, Tutkaluk Construction Limited («Tutkaluk»). Le contrat stipulait que l'entrepreneur devait obtenir un permis de construction et lui accordait une somme additionnelle de 500 \$ pour cette démarche. Monsieur Ingles savait qu'il était nécessaire de se procurer un permis de construction pour obtenir l'inspection des renovations. Il désirait que l'on procède à une telle inspection afin de s'assurer que les travaux étaient bien faits.

Tutkaluk a indiqué à M. Ingles et à son épouse que les travaux seraient retardés s'il lui fallait obtenir un permis de construction avant d'entreprendre les renovations. Monsieur Ingles a consenti, à contre-cœur, à ce que l'entrepreneur commence les travaux le plus tôt possible, sans le permis. Au cours des semaines qui ont suivi, M. Ingles et son épouse ont tous deux prié l'entrepreneur à plusieurs reprises de demander le permis. La cité de Toronto intimée a reçu et accueilli la demande de permis deux semaines après le début des travaux. Les travaux

pleted, but the concrete for the new basement floor had not yet been poured.

The respondent added the following conditions to the permit before approving the application: first, that the underpinning be carried out to the satisfaction of the building inspector; second, that the building inspector be notified before proceeding with the underpinning and pouring of the concrete; and third, that the underpinning be at least as wide as the existing footings.

The morning after the permit was issued, Mr. Tecson, a building inspector with the city, noticed that there was construction under way at the Ingles' residence, and that the permit was not posted. After asking to see the permit, Mr. Tecson began to inspect the construction. He conducted a 30-minute inspection of the visible portions of the work. Because the underpinning had already been installed, it was not possible to determine visually whether the underpinning continued for the full width of the footing as required by the building permit. It was also not possible to determine visually the depth of the underpinning. Therefore, the inspector looked at the colour of the concrete and struck it with a hammer to see if it had set. It was raining the day of the inspection, and hence it was not possible to dig a hole next to the underpinning to determine its depth. With respect to the width of the underpinning, Mr. Tecson relied on Tutkaluk's assurances that everything was done in accordance with the drawings attached to the building plan. Mr. Tecson noted on his building card that the underpinning had been done prior to his inspection. This was contrary to the specifications on the permit, which required that an inspector be notified before starting the underpinning work.

Approximately two weeks later, Mr. Grimaldi, the regular building inspector for the area, also visited the site. By this time, the basement floor had been laid and visual inspection of the underpinning as a whole was even less possible than it had been at the time of Mr. Tecson's inspection. Mr. Grimaldi carried out the same inspection as

de reprise en sous-œuvre étaient déjà terminés, mais le béton du nouveau plancher du sous-sol n'avait pas encore été coulé.

Avant de délivrer le permis, l'intimée l'a assorti des conditions suivantes: premièrement, les travaux de reprise en sous-œuvre devaient être exécutés à la satisfaction de l'inspecteur en bâtiment; deuxièmement, l'inspecteur devait être avisé avant le début des travaux de reprise en sous-œuvre et le coulage du béton; troisièmement, les étais devaient être au moins aussi larges que la semelle existante des fondations.

Au cours de la matinée qui a suivi la délivrance du permis, un inspecteur en bâtiment de la ville, M. Tecson, a constaté que des travaux de construction étaient en cours chez les Ingles et qu'aucun permis n'était affiché. Après avoir demandé qu'on lui exhibe le permis, M. Tecson a commencé à inspecter l'ouvrage. Il a inspecté les parties visibles de l'ouvrage pendant 30 minutes. Parce que les étais avaient déjà été installés, il n'était pas possible de déterminer visuellement s'ils étaient de la même largeur que la semelle des fondations, ainsi que l'exigeait le permis de construction. Il n'était pas possible non plus de déterminer visuellement la profondeur des étais. Par conséquent, l'inspecteur a examiné la couleur du béton et il l'a frappé avec un marteau pour voir s'il avait durci. Comme il pleuvait le jour de l'inspection, il n'était pas possible de creuser le long des étais pour mesurer leur profondeur. Quant à leur largeur, M. Tecson s'en est remis aux assurances de l'entrepreneur que tout avait été effectué conformément aux croquis qui accompagnaient le plan. Monsieur Tecson a consigné sur sa carte d'inspection que les travaux de reprise en sous-œuvre avaient été exécutés avant l'inspection, contrairement aux conditions du permis, lequel exigeait que l'on avise un inspecteur avant le début de ces travaux.

À peu près deux semaines plus tard, l'inspecteur en bâtiment habituellement affecté à ce secteur, M. Grimaldi, a lui aussi visité le chantier. Comme, à cette date, le plancher du sous-sol avait été coulé, M. Grimaldi était encore moins en mesure que M. Tecson d'inspecter visuellement l'ensemble des travaux de reprise en sous-œuvre. Il a effectué la

had Mr. Tecson. In addition he noticed that the concrete was smooth and without voids, an indication that it had been packed down adequately. On the job card he wrote that the underpinning appeared to be complete.

7 Within weeks of the completion of the project, the appellant began to experience flooding in his basement. He hired another contracting company to remedy the drainage problems. In the course of their work, the contractors discovered that the initial underpinning construction was completely inadequate. The underpinning was only 6 inches wide, instead of the 24 inches specified in the permit. In several places, the underpinning had not been installed to the depth stated in the plans. In fact, neither the width, nor the depth of the underpinning was in accordance with the specifications, and neither met the requirements of the *Building Code Act*, R.S.O. 1980, c. 51.

III. Judicial History

8 Conant J. of the Ontario Court (General Division) examined the basic duties and responsibilities for the regulation and inspection of construction in Ontario as set out in the *Building Code Act* ((1994), 24 M.P.L.R. (2d) 293). He found that it was clear from the statutory provisions that municipalities have a duty to appoint inspectors as are necessary to enforce the Act. The purpose of conducting inspections before issuing building permits was to ensure that permits were issued only for those plans that would conform with the building code. The purpose of conducting inspections after the permits were issued was to ensure that all construction was carried out in conformity with the plans. Conant J. concluded that the province had made a policy decision that cities inspect building plans and construction, and, as a result, that cities owe a duty of care to all who it is reasonable to conclude might be injured by the negligent exercise of those powers.

même inspection que M. Tecson. Il a en outre constaté que le béton était lisse et sans aspérité, indication qu'il avait été tassé adéquatement. Sur sa fiche d'inspection, il a noté que les travaux de reprise en sous-cœuvres paraissaient terminés.

Dans les semaines qui ont suivi la fin des travaux, l'appelant a eu des problèmes d'infiltration d'eau dans son sous-sol. Pour corriger les problèmes de drainage, il a engagé un autre entrepreneur qui, dans le cours de ses travaux, a découvert que les étais qui avaient été installés étaient tout à fait inadéquats. Leur largeur n'était que de 6 pouces au lieu des 24 pouces précisés dans le permis et, à plusieurs endroits, ils n'avaient pas la profondeur indiquée dans les plans. En fait, ni leur largeur ni leur profondeur ne correspondaient aux devis et ne respectaient les exigences de la *Loi sur le code du bâtiment*, L.R.O. 1980, ch. 51.

III. L'historique des procédures judiciaires

Le juge Conant de la Cour de l'Ontario (Division générale) a examiné les principales obligations et responsabilités énoncées dans la *Loi sur le code du bâtiment* en matière de réglementation et d'inspection des activités de construction en Ontario ((1994), 24 M.P.L.R. (2d) 293). Il a estimé qu'il ressortait clairement des dispositions législatives que les municipalités ont l'obligation de nommer les inspecteurs nécessaires pour faire respecter la Loi. La raison d'être des inspections qui précèdent la délivrance des permis de construction est de faire en sorte que les municipalités ne délivrent le permis que si les plans sont conformes au code du bâtiment, alors que les inspections effectuées après la délivrance des permis visent à vérifier si les travaux de construction ont été exécutés en conformité avec les plans. Le juge Conant a conclu que la province a décidé, comme politique générale, que les municipalités doivent examiner les plans de construction et inspecter les ouvrages, et que, de ce fait, ces dernières ont une obligation de diligence envers toute personne dont il est raisonnable de penser qu'elle pourrait subir un préjudice en cas d'exercice négligent de ces pouvoirs.

Having found that the city owed a duty of care to Mr. Ingles, Conant J. proceeded to determine the appropriate standard of care for a municipal inspector. Following the decision of La Forest J. in *Rothfield v. Manolakos*, [1989] 2 S.C.R. 1259, he found that the city must show reasonable care in the exercise of its powers of inspection. The standard would not hold the city to the standard of an insurer, bound to discover every latent defect in the project and every derogation from the building code requirements. Instead, the city would be liable for those defects which it could reasonably be expected to have detected and to have ordered remedied.

Conant J. found that the city failed to meet the standard of care in its inspection of the construction at Mr. Ingles' home for two reasons. First, he found that it was not reasonable for Mr. Tecson to rely on Tutkaluk's assurance that the construction met the specifications. Mr. Tecson should have been wary of the contractor's assurances for the following reasons: the contractor did not apply for the permit until after the underpinning had been put in; the contractor did not give notice as to the status of the project, despite the requirements on the building permit; the permit was not posted outside the home; and Mr. Tecson did not know the contractor or his work. Second, he found that a more thorough inspection was reasonable because the underpinning was a major structural element. A defect in that element could lead to a collapse of the entire house. Conant J. concluded that the inspector could have used his investigatory powers to determine the width and depth of the underpinning and was negligent in failing to do so.

As for the appellant's negligence, Conant J. found that he knew, or should have known, what he was doing in agreeing to a delay in obtaining a building permit. As such, he was required to bear some of the responsibility for the damage. How-

Après avoir décidé que la ville avait une obligation de diligence envers M. Ingles, le juge Conant a déterminé quelle était la norme de diligence que devaient respecter les inspecteurs municipaux. Appliquant les motifs du juge La Forest dans *Rothfield c. Manolakos*, [1989] 2 R.C.S. 1259, il a jugé que la ville doit faire montre de diligence raisonnable dans l'exercice de ses pouvoirs d'inspection, ce qui ne l'astreint pas à la même norme que les assureurs, lesquels sont tenus de découvrir tous les vices cachés d'un projet ainsi que toutes les dérogations aux exigences du code du bâtiment. La ville est plutôt responsable à l'égard des vices qu'il aurait été raisonnable qu'elle découvre et fasse corriger.

Le juge Conant a estimé que la ville n'avait pas respecté cette norme de diligence dans l'inspection des travaux de construction effectués au domicile de M. Ingles, et ce pour deux raisons. Premièrement, de conclure le juge Conant, il n'était pas raisonnable pour M. Tecson de s'en remettre aux assurances données par Tutkaluk que l'ouvrage était conforme aux devis. Monsieur Tecson aurait dû faire montre de méfiance à l'égard de ces assurances pour les raisons suivantes: l'entrepreneur n'avait demandé le permis de construction qu'après avoir installé les étais; il n'avait pas donné d'avis concernant l'état d'avancement des travaux, malgré les exigences à cet effet prévues par le permis; celui-ci n'était pas affiché à l'extérieur de la maison; M. Tecson ne connaissait pas l'entrepreneur ni ses activités. Deuxièmement, le juge Conant a estimé qu'il aurait été raisonnable de procéder à une inspection plus poussée parce que les étais constituaient un ouvrage de structure important qui, s'il comportait un vice, pourrait entraîner l'écroulement de toute la maison. Le juge Conant a conclu que l'inspecteur aurait pu exercer ses pouvoirs d'enquête pour vérifier la largeur et la profondeur des étais, et qu'il s'était montré négligent en ne le faisant pas.

Relativement à la négligence de l'appelant, le juge Conant a estimé que celui-ci savait ou aurait dû savoir ce qu'il faisait lorsqu'il a consenti à attendre avant d'obtenir le permis de construction. De ce fait, il devait assumer une part de responsa-

9

10

11

ever, Conant J. also found that the appellant and his wife did not participate in a conscious effort to prevent the building inspector from examining the underpinnings. They were not disentitled from recovering against the city, which failed to discharge its obligations. Tutkaluk was found 80 percent liable for the damage and the city was found to be 20 percent liable. The city's liability was reduced by a further 30 percent to account for the appellant's contributory negligence.

12 In a subsequent addendum to the original judgment ((1995), 24 M.P.L.R. (2d) 308), Conant J. clarified the apportionment of liability as between the co-defendants, and the effect of the reduction on the award against the respondent city. He found that the respondent and the contractor were jointly and severally liable for the damages. The net effect of this finding was that the \$52,520 in damages was apportioned 6 percent to the appellant, 14 percent to the city and 80 percent to Tutkaluk, with a judgment against both the city and Tutkaluk for \$49,368.80 representing 94 percent of the damages. In a second addendum, he also awarded pre-judgment interest fixed at the statutory rate of 12.9 percent.

13 Sharpe J. (*ad hoc*), writing for the Ontario Court of Appeal, allowed the appeal, solely on the ground that the trial judge erred in failing to address whether the appellant had removed himself from the scope of the city's duty of care: (1998), 38 O.R. (3d) 384.

14 Sharpe J. applied the test set out in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, and agreed with the trial judge that the city had made a policy decision to inspect building plans and construction, and thus that it owed a duty of care to any person reasonably within its contemplation as someone to be injured by a breach of its duty. Sharpe J. then proceeded to apply the two-step analysis of the duty of care as set out in *Kamloops v. Nielsen*.

bilité pour le préjudice qu'il avait subi. Toutefois, le juge a conclu que ni l'appellant ni son épouse n'avaient participé à une tentative délibérée en vue d'empêcher l'inspecteur d'examiner les étais, et qu'ils n'avaient pas perdu leur droit d'action en dommages-intérêts contre la municipalité, qui ne s'était pas acquittée de ses obligations. Tutkaluk a été jugée responsable du préjudice dans une proportion de 80 pour 100 et la ville dans une proportion de 20 pour 100. La part de responsabilité de cette dernière a été réduite d'encore 30 pour 100 pour tenir compte de la négligence contributive de l'appellant.

Dans un addenda ultérieur à sa décision originale ((1995), 24 M.P.L.R. (2d) 308), le juge Conant a clarifié le partage de la responsabilité entre les codéfendeurs ainsi que l'effet de la réduction sur le jugement prononcé contre la ville intimée. Il a déclaré que cette dernière et l'entrepreneur étaient solidairement responsables du paiement des dommages-intérêts. Le partage définitif de la responsabilité quant à la somme de 52 520 \$ accordée au titre des dommages-intérêts était le suivant: 6 pour 100 à l'appellant, 14 pour 100 à la municipalité et 80 pour 100 à Tutkaluk, la ville et Tutkaluk étant toutes deux condamnées au paiement de 94 pour 100 des dommages-intérêts, soit 49 368,80 \$. Dans un deuxième addenda, le juge a également accordé les intérêts avant jugement, au taux de 12,9 pour 100 prévu par la loi.

Le juge Sharpe (*ad hoc*), qui a rédigé la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, a accueilli l'appel pour l'unique motif que le juge de première instance avait fait erreur en omettant d'examiner la question de savoir si l'appellant s'était lui-même exclu du champ d'application de l'obligation de diligence de la ville: (1998), 38 O.R. (3d) 384.

Appliquant le critère formulé dans l'arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, le juge Sharpe a estimé, à l'instar du juge de première instance, que la ville avait pris la décision de politique générale d'examiner les plans de construction et les ouvrages et que, de ce fait, elle avait une obligation de diligence envers les personnes dont il était raisonnable de penser qu'elles pourraient subir un préjudice en cas de manquement à

Namely, he asked whether the city was in a relationship of proximity with the appellant such that it could contemplate that carelessness in its inspection would harm the appellant. Second, he asked whether there were any policy considerations which would negate the duty in these circumstances.

Sharpe J. answered both questions in the affirmative. Although there was a relationship of proximity between the city and the appellant, the Court of Appeal also found that there were considerations that removed the appellant from the class of persons to whom the city owed a duty of care. Sharpe J. based this finding on the remarks of La Forest J. in *Rothfield v. Manolakos*, *supra*, followed in *Hospitality Investments Ltd. v. Lord (Everett) Building Construction Ltd.* (1993), 143 N.B.R. (2d) 258 (Q.B.), to the effect that an owner-builder could exclude himself from the municipality's duty of care when he knowingly flouted the applicable building regulations. In his view, the appellant "[went] along with Tutkaluk's scheme" to proceed with the underpinning work without a permit. The appellant knew that this would preclude inspections while the underpinning work was being done and that it would make the inspection much more difficult afterwards. In the opinion of the Court of Appeal, this course of action was simply incompatible with the appellant attempting to recover from the city.

IV. Analysis

A. *Duty of Care*

This Court recently affirmed in *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, that the test set in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1977] 2

cette obligation. Le juge Sharpe a ensuite procédé à l'analyse en deux temps de l'obligation de diligence exposée dans l'arrêt *Kamloops c. Nielsen*. Il s'est d'abord demandé si les relations entre la ville et l'appelant étaient suffisamment étroites pour que la première ait envisagé qu'un manque de diligence de sa part dans l'inspection puisse causer préjudice à l'appelant. Il s'est ensuite demandé s'il existait des considérations de politique générale écartant l'obligation dans les circonstances en cause.

Le juge Sharpe a répondu par l'affirmative aux deux questions. Malgré l'existence de relations étroites entre la ville et l'appelant, la Cour d'appel a également conclu à l'existence de considérations qui excluaient l'appelant de la catégorie des personnes envers lesquelles la ville avait une obligation de diligence. Le juge Sharpe a fondé cette conclusion sur les commentaires qui ont été formulés par le juge La Forest dans *Rothfield c. Manolakos*, précité, puis suivis par la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans *Hospitality Investments Ltd. c. Lord (Everett) Building Construction Ltd.* (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 258, et selon lesquels un propriétaire constructeur qui fait fi sciemment de la réglementation applicable en matière de construction peut s'exclure du champ d'application de l'obligation de diligence de la municipalité. De l'avis du juge Sharpe, l'appelant [TRADUCTION] «[est entré] dans le jeu de Tutkaluk», qui consistait à effectuer les travaux de reprise en sous-œuvre sans permis. L'appelant savait que, en raison de cette décision, il n'y aurait pas d'inspections pendant l'exécution des travaux, et qu'il serait beaucoup plus difficile de procéder à celles-ci après coup. La Cour d'appel a estimé que cette façon d'agir de l'appelant était tout simplement incompatible avec toute action en dommages-intérêts de sa part contre la ville.

IV. L'analyse

A. *L'obligation de diligence*

Récemment, dans *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, notre Cour a confirmé que le critère qui a été établi dans *Anns c. Merton London*

All E.R. 492 (H.L.), adopted by this Court in *Kamloops v. Nielsen* (the “*Anns/Kamloops*” test) is the appropriate test for determining whether a private or public actor owes a duty of care. These cases provide the basis for determining whether the law can impose on a public authority a private law duty towards individuals, enabling individuals to sue the authority in a civil suit, and for determining whether a duty of care is owed by a public authority in particular circumstances. To determine whether a private law duty of care exists, two questions must be asked. These questions are set out by Wilson J. at pp. 10-11 of the decision in *Kamloops v. Nielsen* as follows:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the local authority and the person who has suffered the damage) so that, in the reasonable contemplation of the authority, carelessness on its part might cause damage to that person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

17

The first step of the *Anns/Kamloops* test presents a relatively low threshold. A *prima facie* duty of care will be established if it can be shown that a relationship of proximity existed between the parties such that it was reasonably foreseeable that carelessness on the part of the public actor would result in injury to the other party; see, for example, *Ryan v. Victoria*, *supra*, at para. 22. However, as Lord Wilberforce recognized in *Anns*, only in certain circumstances will a public authority owe a private law duty of care towards individuals. Thus, under the second step of the test, the court must examine the legislation which governs the public authority to determine whether a private law duty should be imposed in the circumstances. Wilson J. summarized the types of legislation identified by Lord Wilberforce, at p. 11 of *Kamloops v. Nielsen*, *supra*, as follows:

Borough Council, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), et qu’elle a appliqué dans l’arrêt *Kamloops c. Nielsen* (le critère «*Anns/Kamloops*», est celui qui convient pour déterminer si une entité privée ou publique est débitrice d’une obligation de diligence. Ces affaires jettent les bases qui permettent de déterminer, d’une part, si une autorité publique peut, en droit, être tenue envers des particuliers à une obligation de droit privé habilitant ceux-ci à la poursuivre au civil, et, d’autre part, si une autorité publique a une obligation de diligence dans des circonstances données. Pour statuer sur l’existence d’une obligation de diligence de droit privé, il faut répondre à deux questions, qui ont été énoncées ainsi par le juge Wilson dans *Kamloops c. Nielsen*, aux pp. 10 et 11:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties (les autorités locales et la personne qui a subi les dommages) pour que les autorités aient pu raisonnablement prévoir que leur manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l’affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l’obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l’obligation peut donner lieu?

Le premier volet du critère *Anns/Kamloops* est relativement peu exigeant. L’existence *prima facie* d’une obligation de diligence est établie s’il peut être démontré qu’il y avait entre les parties un lien à ce point étroit qu’il était raisonnablement prévisible qu’un manque de diligence de l’entité publique causerait préjudice à l’autre partie; voir, par exemple, *Ryan c. Victoria*, précité, au par. 22. Toutefois, comme l’a signalé lord Wilberforce dans *Anns*, ce n’est que dans certaines circonstances qu’une autorité publique a une obligation de diligence de droit privé envers des particuliers. Par conséquent, dans l’application du second volet du critère, le tribunal doit examiner les dispositions législatives régissant l’autorité publique pour déterminer s’il faut l’assujettir à une obligation de droit privé dans les circonstances. Le juge Wilson a résumé ainsi, à la p. 11 de l’arrêt *Kamloops c. Nielsen*, précité, la classification des divers types de loi visés par lord Wilberforce:

- (1) statutes conferring powers to interfere with the rights of individuals in which case an action in respect of damage caused by the exercise of such powers will generally not lie except in the case where the local authority has done what the legislature authorized but has done it negligently;
 - (2) statutes conferring powers but leaving the scale on which they are to be exercised to the discretion of the local authority. Here there will be an option to the local authority whether or not to do the thing authorized but, if it elects to do it and does it negligently, then the policy decision having been made, there is a duty at the operational level to use due care in giving effect to it.
- 1) les lois qui confèrent le pouvoir de porter atteinte aux droits des personnes; dans ce cas généralement, aucune action ne peut être intentée pour les dommages causés dans l'exercice de ce pouvoir sauf si les autorités locales ont fait ce que la législature leur permettait de faire, mais de façon négligente;
 - 2) les lois qui confèrent des pouvoirs, mais laissent l'étendue de leur exercice à la discrétion des autorités locales. Dans ce cas, les autorités locales ont le choix de faire ou de ne pas faire ce qui leur est permis, mais si elles choisissent de le faire et qu'elles le font de façon négligente, la décision de politique ayant été prise, il existe alors une obligation de faire preuve de diligence raisonnable en la mettant à exécution.

Inspection schemes fall within the second type of legislation identified by Lord Wilberforce. To determine whether an inspection scheme by a local authority will be subject to a private law duty of care, the court must determine whether the scheme represents a policy decision on the part of the authority, or whether it represents the implementation of a policy decision, at the operational level. True policy decisions are exempt from civil liability to ensure that governments are not restricted in making decisions based upon political or economic factors. It is clear, however, that once a government agency makes a policy decision to inspect, in certain circumstances, it owes a duty of care to all who may be injured by the negligent implementation of that policy; see, for example, *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, at p. 1243, *per Cory J.*; *Rothfield v. Manolakos*, *supra*, at p. 1266, *per La Forest J.*

Les régimes législatifs d'inspection relèvent de la seconde catégorie de lois établies par lord Wilberforce. Pour déterminer si le régime d'inspection appliqué par une autorité locale donne naissance à une obligation de diligence de droit privé, le tribunal doit se demander si ce régime découle d'une décision de politique générale prise par l'autorité concernée ou s'il procède de la mise en œuvre d'une telle décision sur le plan opérationnel. Les véritables décisions de politique générale n'engagent pas la responsabilité civile de leur auteur, afin de ne pas limiter la marge de manœuvre des gouvernements lorsqu'ils fondent leurs décisions sur des facteurs d'ordre politique ou économique. Toutefois, il est évident que l'organisme gouvernemental qui prend la décision de politique générale de procéder à des inspections dans certaines circonstances a alors une obligation de diligence envers tous ceux qui sont susceptibles de subir un préjudice par suite de l'application négligente de cette politique; voir, par exemple, *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, à la p. 1243, le juge Cory; *Rothfield c. Manolakos*, précité, à la p. 1266, le juge La Forest.

While I have stated above that a government agency will not be liable for those decisions made at the policy level, I must emphasize that, where inspection is provided for by statute, a government agency cannot immunize itself from liability by simply making a policy decision never to inspect. The decisions in *Anns v. Merton London Borough*

Quoique j'aie dit précédemment que les décisions de politique générale n'engagent pas la responsabilité des organismes gouvernementaux qui les prennent, je tiens à préciser que, lorsqu'une inspection est prévue par la loi, l'organisme en cause ne pourrait se dégager de toute responsabilité simplement en arrêtant la décision de politique

Council, supra, and *Kamloops v. Nielsen, supra*, establish that in reaching a policy decision pertaining to inspection, the government agency must act in a reasonable manner which constitutes a *bona fide* exercise of discretion. In the context of a municipal inspection scheme, we must bear in mind that municipalities are creatures of statute which have clear responsibilities for health and safety in their area. A policy decision as to whether or not to inspect must accord with this statutory purpose; see, for example, *Kamloops v. Nielsen*, at p. 10.

générale de ne jamais effectuer d'inspection. Les arrêts *Anns c. Merton London Borough Council*, précité, et *Kamloops c. Nielsen*, précité, ont établi que l'organisme gouvernemental qui prend une décision de politique générale en matière d'inspection doit, ce faisant, agir de manière raisonnable et dans l'exercice réel d'un pouvoir discrétionnaire. Pour ce qui est des régimes d'inspection municipaux, il faut se rappeler que les municipalités sont créées par des lois et qu'elles ont des responsabilités claires en matière de santé et de sécurité sur leur territoire. Lorsqu'elles arrêtent la décision de politique générale d'inspecter ou non, cette décision doit être compatible avec les objectifs de leur loi habilitante: voir, par exemple, *Kamloops c. Nielsen*, à la p. 10.

20

Once it is determined that an inspection has occurred at the operational level, and thus that the public actor owes a duty of care to all who might be injured by a negligent inspection, a traditional negligence analysis will be applied. To avoid liability, the government agency must exercise the standard of care in its inspection that would be expected of an ordinary, reasonable and prudent person in the same circumstances. Recently, in *Ryan v. Victoria, supra*, at para. 28, Major J. reaffirmed that the measure of what is reasonable in the circumstances will depend on a variety of factors, including the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of that harm and the burden or cost which would be incurred to prevent the injury. The same standard of care applies to a municipality which conducts an inspection of a construction project. While the municipal inspector will not be expected to discover every latent defect in a project, or every derogation from the building code standards, it will be liable for those defects that it could reasonably be expected to have detected and to have ordered remedied; see, for example, *Rothfield v. Manolakos, supra*, at pp. 1268-69.

Lorsqu'il a été jugé qu'il y a eu inspection du point de vue opérationnel et que, par conséquent, l'entité publique a une obligation de diligence envers tous ceux qui peuvent subir un préjudice par suite d'une inspection effectuée négligemment, le tribunal procède à l'analyse classique en matière de négligence. Pour éviter d'engager sa responsabilité, l'organisme gouvernemental doit, dans l'exécution de ses inspections, agir de façon aussi diligente que le ferait une personne ordinaire, raisonnable et prudente placée dans la même situation. Récemment, dans l'arrêt *Ryan c. Victoria*, précité, le juge Major a réitéré, au par. 28, que plusieurs facteurs entrent en considération dans l'appréciation du caractère raisonnable d'une conduite dans des circonstances données, notamment la probabilité qu'un préjudice connu ou prévisible survienne, la gravité de ce préjudice et le fardeau ou le coût qu'il faudrait assumer pour le prévenir. Les municipalités qui inspectent des projets de construction sont assujetties à la même norme de diligence. Bien qu'on n'exige pas des inspecteurs municipaux qu'ils découvrent tous les vices cachés d'un projet ou toutes les dérogations aux normes prescrites par le code du bâtiment, leur responsabilité sera toutefois retenue à l'égard des vices qu'il aurait été raisonnable de s'attendre qu'ils découvrent et fassent corriger; voir, par exemple, *Rothfield c. Manolakos*, précité, aux pp. 1268 et 1269.

(1) Did the City Owe the Appellant a Duty of Care?

Both the trial judge and the Court of Appeal found that the city owed the appellant a *prima facie* duty of care in these circumstances. I agree with their finding in this respect. It is certainly foreseeable that a deficient inspection of the underpinnings of a home could result in damage to the property of the homeowners, or injury to the homeowners or others. As a result, I agree that there was a sufficient relationship of proximity between the appellant and the city such that the city owed the appellant a *prima facie* duty to conduct an inspection of the renovations of the appellant's home and to do so with reasonable care. The first stage of the *Anns/Kamloops* test has been met.

Having found that the city owed the appellant a *prima facie* duty of care, I now turn to the legislative scheme which governs municipal inspections in Ontario to determine whether there is any policy reason to limit the *prima facie* duty of care. The relevant provisions of the *Building Code Act*, R.S.O. 1990, c. B.13, are as follows:

3.—(1) The council of each municipality is responsible for the enforcement of this Act in the municipality.

(2) The council of each municipality shall appoint a chief building official and such inspectors as are necessary for the purposes of the enforcement of this Act in the areas in which the municipality has jurisdiction.

5.—(1) No person shall construct or demolish or cause to be constructed or demolished a building in a municipality unless a permit has been issued therefor by the chief official.

6.—(1) The chief official shall issue a permit except where,

(1) La ville avait-elle une obligation de diligence envers l'appelant?

Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont estimé que la ville avait à première vue une obligation de diligence envers l'appelant dans les circonstances de l'espèce. Je souscris à leur conclusion sur ce point. Il était certes prévisible qu'une inspection déficiente des travaux pourrait entraîner des dommages matériels pour les propriétaires de la maison ou des dommages corporels pour ceux-ci ou pour des tiers. Par conséquent, je suis moi aussi d'avis qu'il existait entre l'appelant et la ville un lien suffisamment étroit et que la ville avait à première vue envers l'appelant l'obligation d'inspecter les travaux de rénovation effectués à son domicile et de s'acquitter de cette obligation avec diligence raisonnable. Les exigences du premier volet du critère *Anns/Kamloops* ont été satisfaites.

Puisque j'ai conclu que la municipalité avait à première vue une obligation de diligence envers l'appelant, je vais maintenant examiner les dispositions législatives régissant les inspections effectuées par les municipalités en Ontario, afin de déterminer s'il existe quelque considération de politique générale justifiant de limiter la portée de cette obligation de diligence *prima facie*. Les dispositions pertinentes de la *Loi sur le code du bâtiment*, L.R.O. 1990, ch. B.13, sont les suivantes:

3 (1) Les conseils municipaux sont chargés de l'application de la présente loi dans les municipalités.

(2) Le conseil de chaque municipalité nomme un chef du service du bâtiment et les inspecteurs qui sont nécessaires pour l'application de la présente loi dans les territoires qui relèvent de la compétence de la municipalité.

5 (1) Nul ne doit construire, démolir, faire construire ou faire démolir un bâtiment dans une municipalité à moins qu'un permis n'ait été délivré à cet effet par le chef de service.

6 (1) Le chef de service délivre un permis, sauf dans les cas suivants:

21

22

(a) the proposed building or the proposed construction or demolition will not comply with this Act or the building code or will contravene any other applicable law;

a) le bâtiment, la construction ou la démolition projeté n'est pas conforme à la présente loi ou au code du bâtiment, ou enfreint une autre loi applicable;

(3) No person shall make a material change or cause a material change to be made to a plan, specification, document or other information on the basis of which a permit was issued without notifying the chief official and filing details of such change with him or her for the purpose of obtaining his or her authorization.

(3) Nul ne doit effectuer ni faire effectuer une modification importante à un plan, à un devis descriptif, à un document ou à un autre renseignement ayant servi de base à la délivrance d'un permis, sans en faire part au chef de service et sans avoir déposé auprès de lui une description détaillée de la modification afin d'obtenir son autorisation.

(5) No person shall construct or cause to be constructed a building in a municipality except in accordance with the plans, specifications, documents and any other information on the basis of which a permit was issued or any changes thereto authorized by the chief official.

(5) Nul ne doit construire ou faire construire un bâtiment dans une municipalité si ce n'est conformément aux plans, devis descriptifs, documents et autres renseignements ayant servi de base à la délivrance d'un permis ou aux modifications de ces plans, devis descriptifs, documents et autres renseignements autorisées par le chef de service.

8.—(1) Subject to section 11, an inspector may, for the purpose of inspecting a building or site in respect of which a permit is issued or an application for a permit is made, enter in or upon any land or premises at any time without a warrant.

8 (1) Sous réserve de l'article 11, un inspecteur peut, aux fins d'inspecter un bâtiment ou un emplacement à l'égard duquel un permis a été délivré ou une demande de permis a été présentée, pénétrer dans des biens-fonds ou dans des lieux en tout temps et sans mandat.

(2) Where an inspector finds that any provision of this Act or the building code is being contravened, the inspector may give to the person whom he or she believes to be the contravener an order in writing directing compliance with such provision and may require the order to be carried out forthwith or within such time as he or she specifies.

(2) Si l'inspecteur constate une contravention à une disposition de la présente loi ou du code du bâtiment, il peut donner à la personne qu'il croit en faute un ordre écrit de se conformer à cette disposition, et il peut exiger que cet ordre soit exécuté sur-le-champ ou dans le délai qu'il précise.

(3) Where an inspector gives an order under this section, the order shall contain sufficient information to specify the nature of the contravention and its location.

(3) Si l'inspecteur donne l'ordre prévu au présent article, cet ordre doit comporter suffisamment de renseignements pour préciser la nature de la contravention et l'endroit où elle est commise.

(5) Where an order of an inspector made under this section is not complied with within the time specified therein, or where no time is specified, within a reasonable time in the circumstances, the chief official may order that all or any part of the construction or demolition respecting the building cease and such order shall be served on such persons affected thereby as the chief official specifies and a copy thereof shall be posted on the site of the construction or demolition and no person

(5) Si l'ordre de l'inspecteur donné aux termes du présent article n'est pas exécuté dans le délai imparti ou, à défaut d'un délai fixé, dans un délai suffisant compte tenu des circonstances, le chef de service peut ordonner la suspension de tout ou partie des travaux de construction ou de démolition à l'égard du bâtiment. L'ordre de suspension est signifié aux intéressés que précise le chef de service. Une copie de l'ordre est affichée sur le chantier de construction ou de démolition et nul autre qu'un

except an inspector or the chief official shall remove such copy unless authorized by an inspector or the chief official.

(6) Where an order to cease construction or demolition is made under subsection (5), no person shall perform any act in the construction or demolition of the building in respect of which the order is made other than such work as is necessary to carry out the order of the inspector made under subsection (2).

9.—(1) An inspector or chief official may issue an order prohibiting the covering or enclosing of any part of a building pending inspection and where such an order is issued, an inspection shall be made within a reasonable time after notice is given by the person to whom the order is issued that the person is ready for the inspection.

(2) Where a chief official has reason to believe that any part of a building has not been constructed in compliance with this Act and such part has been covered or enclosed, contrary to an order made by an inspector or chief official under subsection (1), the chief official may order any person responsible for the construction to uncover the part at the person's own expense for the purpose of an inspection.

10.—(1) Subject to section 11, an inspector may enter in or upon any land or premises at any time without a warrant for the purpose of inspecting any building to determine whether such building is unsafe.

(2) Where an inspector finds that a building is unsafe, he or she may serve upon the assessed owner and each person apparently in possession of the building an order in writing setting out the reasons why the building is unsafe and the remedial steps that the inspector requires to be taken to render the building safe and may require the order to be carried out within such time as the inspector specifies in the order.

(3) Where an order of an inspector under subsection (2) is not complied with within the time specified therein, or where no time is specified, within a reasonable time in the circumstances, the chief official may by order prohibit the use or occupancy of the building and such order shall be served on the assessed owner and each person apparently in possession and such other persons affected thereby as the chief official specifies and a copy thereof shall be posted on the building, and no person except an inspector or the chief official shall remove such copy unless authorized by an inspector or the chief official.

inspecteur ou le chef de service ne doit enlever cette copie sans l'autorisation de l'un de ces derniers.

(6) Lorsqu'un ordre de suspension de construire ou de démolir est donné aux termes du paragraphe (5), nul ne doit accomplir d'acte relatif à des travaux de construction ou de démolition du bâtiment qui font l'objet de l'ordre sauf ceux qui sont nécessaires à l'exécution de l'ordre donné par l'inspecteur en vertu du paragraphe (2).

9 (1) Un inspecteur ou un chef de service peut donner un ordre interdisant la couverture ou la fermeture d'une partie de bâtiment pendant son inspection. Si cet ordre est donné, l'inspection est effectuée dans un délai raisonnable après que la personne visée par l'ordre a donné un avis selon lequel elle est prête à s'y soumettre.

(2) Si un chef de service est fondé à croire qu'une partie de bâtiment n'a pas été construite conformément à la présente loi et qu'elle a été couverte ou fermée en contravention à l'ordre d'interdiction donné par l'inspecteur ou le chef de service aux termes du paragraphe (1), il peut ordonner à quiconque est chargé de la construction du bâtiment de faire découvrir celui-ci à ses frais pour pouvoir y effectuer une inspection.

10 (1) Sous réserve de l'article 11, un inspecteur peut, à tout moment et sans mandat, pénétrer dans des biens-fonds ou dans des lieux pour y effectuer l'inspection d'un bâtiment afin de déterminer s'il est dangereux.

(2) Si un inspecteur constate qu'un bâtiment est dangereux; il peut signifier au propriétaire de celui-ci inscrit au rôle d'évaluation foncière et à chaque personne qui semble en possession du bâtiment, un ordre écrit énonçant les raisons pour lesquelles le bâtiment est dangereux et les mesures qu'il exige et qui doivent être prises pour assurer la sécurité du bâtiment. Il peut exiger que l'ordre soit exécuté dans le délai qui y est prévu.

(3) Si l'ordre prévu au paragraphe (2) n'est pas exécuté dans le délai imparti ou, à défaut, dans un délai raisonnable compte tenu des circonstances, le chef de service peut, au moyen d'un ordre, interdire l'usage ou l'occupation du bâtiment. Cette interdiction est signifiée au propriétaire de ce bâtiment inscrit au rôle d'évaluation foncière et à chaque personne qui semble en possession du bâtiment, ainsi qu'à tout autre intéressé précisé par le chef de service. Une copie de l'ordre est affichée sur le bâtiment et nul autre qu'un inspecteur ou le chef de service ne doit l'enlever sans l'autorisation de l'un de ces derniers.

(4) Where the chief official has made an order under subsection (2) and considers it necessary for the safety of the public, the chief official may cause the building to be renovated, repaired or demolished for the purpose of removing the unsafe condition or take such other action as he or she considers necessary for the protection of the public and, where the building is in a municipality, the cost of the renovation, repair, demolition or other action may be added by the clerk to the collector's roll and collected in like manner as municipal taxes.

11.— (1) For the purposes of an inspection under section 8 or 10, the inspector may,

- (a) require the production of the drawings and specifications of a building or any part thereof, including any drawings prescribed by the regulations, for his or her inspection and may require information from any person concerning any matter related to a building or part thereof;
- (b) be accompanied by any person who has special or expert knowledge of any matter in relation to a building or part thereof;
- (c) alone or in conjunction with such other person or persons possessing special or expert knowledge, make such examinations, tests, inquiries, or, subject to subsections (2) and (3), take such samples or photographs as are necessary for the purposes of the inspection;
- (d) order any person responsible for the construction to take and supply at the person's own expense such tests and samples as are specified in the order.

23

The legislative scheme is designed to ensure that uniform standards of construction safety are imposed and enforced by the municipalities. Sections 5 and 6 of the Act require that building plans and specifications be inspected before a permit is issued to ensure that they conform with the building code. Sections 8 to 11 set out the powers of the inspector to ensure that all work that is being completed conforms with the permit and, as a result, with the building code. Inspectors are given a broad range of powers to enforce the safety standards set out in the code, from ordering tests at the owners' expense, to ordering that all work cease in general. Section 9 grants inspectors the power to order builders not to cover work pending inspection, or to uncover work when there is reason to believe that any part of the building has not been

(4) Le chef de service qui a donné un ordre en vertu du paragraphe (2), et qui le juge nécessaire pour la sécurité du public, peut faire rénover, réparer ou démolir le bâtiment afin de mettre fin à une situation dangereuse ou prendre toute autre mesure qu'il juge nécessaire pour assurer la protection du public. Si le bâtiment est situé dans une municipalité, le coût de la rénovation, de la réparation, de la démolition ou des autres mesures peut être ajouté par le secrétaire de la municipalité au rôle de perception et perçu de la même façon que les impôts municipaux.

11 (1) Aux fins d'une inspection en vertu de l'article 8 ou 10, l'inspecteur peut:

- a) exiger que lui soient présentés, aux fins de son inspection, les plans et les devis descriptifs d'un bâtiment ou de l'une de ses parties, y compris les plans que prescrivent les règlements, et exiger de quiconque des renseignements au sujet de tout ce qui a trait à l'ensemble ou à une partie d'un bâtiment;
- b) se faire accompagner de quiconque possède des connaissances particulières ou professionnelles sur tout ce qui touche à un bâtiment ou à l'une de ses parties;
- c) procéder, seul ou en collaboration avec quiconque possède des connaissances particulières ou professionnelles dans ce domaine, aux examens, aux épreuves ou aux enquêtes, ou, sous réserve des paragraphes (2) et (3), prélever les échantillons ou prendre les photos nécessaires à l'inspection;
- d) ordonner à toute personne chargée de la construction de procéder aux épreuves et de fournir les échantillons qu'il précise, et ce, aux frais de cette personne.

Cet ensemble de dispositions législatives a pour but de faire en sorte que les municipalités imposent et appliquent des normes uniformes de sécurité en matière de construction. Les articles 5 et 6 de la Loi exigent que, avant qu'un permis soit délivré, on examine les plans et les devis pour vérifier leur conformité avec le code du bâtiment. Les articles 8 à 11 énoncent les pouvoirs confiés aux inspecteurs aux fins de vérification de la conformité des travaux avec le permis et, en conséquence, avec le code du bâtiment. La Loi confère aux inspecteurs un large éventail de pouvoirs en vue de faire respecter les normes de sécurité prévues par le code; ils vont du pouvoir d'ordonner la réalisation d'épreuves aux frais du propriétaire à celui d'ordonner la suspension des travaux de façon générale. En vertu de l'art. 9, un inspecteur

constructed in compliance with the Act. The purpose of the building inspection scheme is clear from these provisions: to protect the health and safety of the public by enforcing safety standards for all construction projects. The province has made the policy decision that the municipalities appoint inspectors who will inspect construction projects and enforce the provisions of the Act. Therefore, municipalities owe a duty of care to all who it is reasonable to conclude might be injured by the negligent exercise of their inspection powers.

It would appear from the use of the word “may” in ss. 8 to 11 that municipalities have the discretion under the Act to decide whether to inspect and enforce the safety standards after construction has begun. Therefore, it may be open to the municipalities to make policy decisions as to whether to inspect in certain circumstances. Of course, all such policy decisions must be made in good faith and in a way that is consistent with the overall purpose of ensuring the health and safety of the public. Such decisions can only be immune from civil action when they accord with the overall purpose of the statutory scheme. Here, the evidence is that the city had made a policy decision to inspect construction, even if the permit was issued after the construction had begun. At trial, Fred Breeze, the city’s Director of Inspections, testified as follows:

Q. Well, if the inspector is not in the position to do proper inspection because of the lateness of the building permit, can you tell me why the city doesn’t simply refuse to do such inspections and insist that the owner get an inspection from an independent engineer, for instance?

peut ordonner à un constructeur de ne pas couvrir un bâtiment pendant l’inspection ou de découvrir un bâtiment s’il est fondé à croire qu’une partie de celui-ci n’a pas été construite conformément à la Loi. L’objet du régime d’inspection ressort clairement des dispositions précitées: protéger la santé et la sécurité du public en assujettissant tous les projets de construction au respect des normes de sécurité. La province a pris une décision de politique générale, savoir que les municipalités doivent nommer des inspecteurs chargés d’inspecter les projets de construction et de veiller au respect des dispositions de la Loi. Par conséquent, les municipalités ont une obligation de diligence envers toute personne dont il est raisonnable de penser qu’elle pourrait subir un préjudice en cas d’exercice négligent des pouvoirs d’inspection.

L’emploi du mot «peut» aux art. 8 à 11 de la Loi semble indiquer que les municipalités disposent, en vertu de celle-ci, du pouvoir discrétionnaire de décider si oui ou non elles effectueront une inspection et appliqueront les normes de sécurité une fois les travaux de construction commencés. Par conséquent, il se peut qu’il soit loisible aux municipalités de prendre la décision de politique générale d’inspecter ou non dans certaines circonstances. Il va de soi qu’une telle décision doit être prise de bonne foi et être compatible avec l’objet général de la Loi, qui est la protection de la santé et de la sécurité du public. En effet, ces décisions ne sont soustraites aux poursuites civiles que si elles concordent avec l’objectif global du régime établi par la loi. En l’espèce, la preuve établit que la ville a pris la décision de politique générale d’inspecter les travaux de construction, même si le permis avait été délivré après le début de ceux-ci. Au procès, Fred Breeze, directeur des inspections pour la ville, a dit ce qui suit au cours de son témoignage:

[TRADUCTION] Q. Bien, si l’inspecteur n’est pas en mesure d’effectuer une inspection adéquate parce que le permis a été obtenu tardivement, pouvez-vous me dire pourquoi la ville ne refuse-t-elle pas tout simplement de la faire et n’exige-t-elle pas que le propriétaire fasse effectuer l’inspection par un ingénieur indépendant, par exemple?

A. Well, that's not our policy. Our policy is to inspect once a permit has been issued, and we will inspect to the best the inspector can do at the time on what they can see while they are there. [Emphasis added.]

This policy has since been codified in the *Building Code Act, 1992*, S.O. 1992, c. 23, s. 13(6), which grants powers to the chief building official to order work to be uncovered when notice to inspect is not given in a timely fashion. While the Act gave the city the discretion to decide when to inspect, the city made a policy decision to inspect even when a permit was received late. Once the city chose to implement this decision, and exercised its power to enter upon the premises to inspect the renovations at Mr. Ingles' home, it owed a duty of care to all who it is reasonable to conclude might be injured by the negligent exercise of that power.

25

Following the *Anns/Kamloops* test, the city owed Mr. Ingles a duty of care to conduct an inspection of the renovations on their home and to exercise reasonable care in doing so, despite the fact that the building permit was obtained late. Therefore, the city could be found negligent if it ignored its own scheme and chose not to inspect the renovations. It could also be found negligent for conducting an inspection of the renovations without adequate care.

(2) The Negligent Owner-Builder

26

The Ontario Court of Appeal found that, despite the fact that the inspection scheme was operational, there were considerations that removed the appellant from the class of persons to whom the city owed a duty of care. Relying on the decision of La Forest J. in *Rothfield v. Manolakos*, *supra*, the court found that owner-builders could be excluded from the ambit of a municipality's duty of care regarding building inspections if they are

R. Bien, ce n'est pas notre politique. Nous avons comme politique d'inspecter lorsqu'un permis est délivré, et de faire alors la meilleure inspection possible compte tenu de ce que peut voir l'inspecteur lorsqu'il est sur place. [Je souligne.]

Cette politique a depuis été codifiée au par. 13(6) de la *Loi de 1992 sur le code du bâtiment*, L.O. 1992, ch. 23, qui confère au chef du service du bâtiment le pouvoir d'ordonner que soit découverte une partie du bâtiment lorsque l'avis en vue de l'inspection n'a pas été donné en temps utile. Bien que la Loi donne à la ville le pouvoir discrétionnaire de décider quand effectuer une inspection, celle-ci a pris la décision de politique générale d'inspecter même lorsque le permis était obtenu tardivement. Lorsque la ville a décidé de mettre en œuvre cette politique et qu'elle a exercé son pouvoir de visiter le domicile de M. Ingles pour y inspecter les travaux de rénovation s'y déroulant, elle avait dès lors une obligation de diligence envers toutes les personnes dont il était raisonnable de penser qu'elles pourraient subir un préjudice en cas d'exercice négligent de ce pouvoir.

Suivant le critère *Anns/Kamloops*, la ville avait une obligation de diligence envers M. Ingles, savoir celle d'inspecter les travaux de rénovation effectués à son domicile, et de faire montre de diligence raisonnable dans l'exécution de cette obligation, malgré le fait que le permis de construction avait été obtenu tardivement. Par conséquent, la ville pourrait être déclarée coupable de négligence si, faisant fi de son propre régime, elle a décidé de ne pas inspecter les renovations. Elle pourrait également être déclarée coupable d'avoir fait montre de négligence en n'inspectant pas les renovations avec suffisamment de diligence.

(2) Le propriétaire constructeur négligent

La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que, malgré le caractère opérationnel du régime d'inspection, certaines considérations excluaient l'appellant de la catégorie des personnes envers lesquelles la ville avait une obligation de diligence. S'appuyant sur les motifs exposés par le juge La Forest dans *Rothfield c. Manolakos*, précité, la cour a estimé qu'un propriétaire constructeur peut être exclu du champ d'application de l'obligation de diligence d'une

seen as the sole source of their loss. After reviewing the appellant's negligence, the Ontario Court of Appeal concluded that the appellant had knowingly flouted the building code by agreeing with Tutkaluk's scheme to apply for the permit late. In doing so, the court found, the appellant removed himself from the ordinary inspection scheme and from the scope of the city's duty of care.

With respect, the Ontario Court of Appeal erred in its interpretation of the meaning of the decision in *Rothfield v. Manolakos*. While there may be some ambiguity in the language of that decision, *Rothfield v. Manolakos* stands for the proposition that an owner's negligence may, in very rare circumstances, be considered as a complete defence to a finding of negligence on the part of municipal inspectors. The decision does not stand for the proposition that an owner's negligence can remove him or her from the scope of a municipality's duty of care.

The facts of the case of *Rothfield v. Manolakos* were quite similar to the facts of the case at bar. The plaintiffs were owners of a home who hired contractors to build a retaining wall in their backyard. The contractors applied for a building permit and presented the building inspector with a rough sketch of the project. The inspector exercised his discretion and granted a permit despite the fact that the plans had not been certified by an engineer. Neither the owners, nor the contractors, advised the city, as required by the by-law, that the project had come to a stage where inspection was required. When the inspector did come to inspect the construction, most of the wall had been put in place and it was not possible to conduct a standard inspection.

La Forest J., for the majority of the Court, began his analysis of facts by applying the *Anns/Kamloops* test. After examining the legisla-

municipalité en matière d'inspection des bâtiments, s'il est considéré comme étant l'unique responsable de sa perte. Après avoir examiné la question de la négligence de l'appellant, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'il avait fait fi sciemment des exigences du code du bâtiment en donnant son aval à la décision de Tutkaluk de demander le permis tardivement. En agissant de la sorte, de conclure la Cour d'appel, l'appellant s'était exclu du régime ordinaire d'inspection et du champ d'application de l'obligation de diligence de la ville.

En toute déférence, l'interprétation que donne la Cour d'appel de l'Ontario de l'arrêt *Rothfield c. Manolakos* est erronée. Bien que le texte de cette décision comporte peut-être certaines ambiguïtés, cet arrêt établit le principe que, dans de très rares cas, la négligence du propriétaire peut être opposée comme moyen de défense absolu à l'encontre d'une allégation de négligence de la part des inspecteurs municipaux. Il ne permet toutefois pas d'affirmer que la négligence du propriétaire peut avoir pour effet d'exclure ce dernier du champ d'application de l'obligation de diligence de la municipalité.

Il y a une grande similitude entre les faits de l'affaire *Rothfield c. Manolakos* et ceux de la présente espèce. Dans les deux cas les demandeurs étaient propriétaires d'une maison et avaient engagé des entrepreneurs pour construire un mur de soutènement dans leur cour. Les entrepreneurs ont demandé un permis de construction et soumis à l'inspecteur en bâtiment un croquis rudimentaire du projet. L'inspecteur a exercé son pouvoir discrétionnaire et accordé le permis en dépit du fait que les plans n'avaient pas été déclarés conformes par un ingénieur. Ni les propriétaires ni les entrepreneurs n'ont informé la municipalité, comme l'exigeait le règlement, que le projet était rendu à une étape où une inspection s'imposait. Lorsqu'un inspecteur a finalement inspecté les travaux, la construction du mur était en grande partie terminée et il n'était plus possible d'effectuer l'inspection habituelle.

S'exprimant pour la majorité de la Cour, le juge La Forest a commencé son analyse des faits par l'application du critère *Anns/Kamloops*. Après

27

28

29

tive scheme, he found that once the city had made a policy decision to inspect building plans and construction, it owed a duty of care to all who it is reasonable to conclude might be injured by the negligent exercise of those powers. He then proceeded to consider whether owner-builders, as a class, should be excluded from the scope of a municipality's duty of care under the second portion of the *Anns/Kamloops* test. He could see no reason why an owner-builder would not fall within the scope of the duty of care owed by a municipality. Owner-builders are no better versed in the technical aspects of building construction than other members of the public, and cannot see to it that their contractors comply with the building codes. Owner-builders thus rely on the disinterested expertise of building inspectors to ensure that construction work is safe. In addition, La Forest J. found that owner-builders are also ratepayers in the municipality, members of the public for whose benefit the by-law was passed. Therefore, it is clear that La Forest J. decided that owner-builders are a class of persons to whom a duty is owed by municipal inspectors.

avoir examiné les dispositions législatives applicables, il a jugé que, dès lors que la ville a pris la décision de politique générale d'examiner les plans des bâtiments et d'inspecter les travaux de construction, elle a une obligation de diligence envers tous ceux dont il est raisonnable de penser qu'ils pourraient subir un préjudice en cas d'exercice négligent de ces pouvoirs. Il s'est ensuite demandé si les propriétaires constructeurs devaient être exclus du champ d'application de l'obligation de diligence de la municipalité en vertu du deuxième volet du critère *Anns/Kamloops*, et il n'a vu aucune raison de répondre par l'affirmative à cette question. Les propriétaires constructeurs ne sont pas plus familiers avec les aspects techniques de la construction que les autres citoyens, et ils ne sont pas en mesure de veiller à ce que les entrepreneurs qu'ils engagent respectent le code du bâtiment. Ils doivent donc se fier aux compétences désintéressées des inspecteurs en bâtiment pour ce qui est de la sécurité de la construction. Le juge La Forest a également estimé que les propriétaires constructeurs sont eux aussi des contribuables de la municipalité, des citoyens au profit desquels le règlement municipal pertinent a été pris. Par conséquent, il est évident que le juge La Forest a décidé que les propriétaires constructeurs forment une catégorie de personnes envers lesquelles les inspecteurs municipaux ont une obligation de diligence.

30

Having decided that municipal inspectors owe a duty of care to owner-builders, La Forest J. proceeded to discuss the implications of the owner-builder's negligence. He considered the *dictum* of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*, that no duty is owed "to a negligent building owner, the source of his own loss"; see *Rothfield v. Manolacos*, *supra*, at p. 1271. La Forest J. found that this principle was applicable only in the narrowest of circumstances. At p. 1271, he states:

Ayant jugé que les inspecteurs municipaux ont une obligation de diligence envers les propriétaires constructeurs, le juge La Forest a analysé les conséquences de la négligence dont ces derniers font montre. Examinant la remarque faite par lord Wilberforce dans *Anns c. Merton London Borough Council*, précité, selon laquelle il n'existe aucune obligation [TRADUCTION] «envers un propriétaire négligent à l'origine de sa propre perte»; voir *Rothfield c. Manolacos*, précité, à la p. 1271, le juge La Forest a estimé que ce principe ne s'appliquait que dans des circonstances très restreintes. Il a dit ceci, à la p. 1271:

It is to be expected that contractors, in the normal course of events, will fail to observe certain aspects of the building by-laws. That is why municipalities employ building inspectors. Their role is to detect such negligent omissions before they translate into dangers to

On peut s'attendre à ce que les entrepreneurs, dans le cours normal des choses, passent outre à certains aspects des règlements de construction. C'est la raison pour laquelle les municipalités embauchent des inspecteurs des bâtiments qui ont pour mission de déceler ces

health and safety. If, as I believe, owner builders are within the ambit of the duty of care owed by the building inspector, it would simply make no sense to proceed on the assumption that every negligent act of an owner builder relieved the municipality of its duty to show reasonable care in approving building plans and inspecting construction.

Negligent owners would be viewed as the sole source of their own loss where they, for example, knowingly flouted the applicable building regulations or the directives of the municipality, or totally failed to acquit themselves of the responsibilities that properly rested on them, none of which apply in this appeal. La Forest J. concluded that the conduct of the plaintiffs in *Rothfield v. Manolakos*, *supra*, was not such as to make them the sole source of their own loss.

There is some ambiguity in the decision in *Rothfield v. Manolakos* as to where in the traditional tort law analysis the consideration of an owner-builder's negligence should take place, namely whether the analysis should take place in the determination of whether a municipality owes a duty of care to the negligent owner-builder, or whether the negligence of an owner-builder can serve as a defence to a finding of negligence on the part of a municipal inspector. This ambiguity stems from the fact that La Forest J. began his analysis of the consequences of the negligence of an owner-builder by quoting the *dictum* of Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*. At p. 504, Lord Wilberforce states:

To whom the duty is owed. There is, in my opinion, no difficulty about this. A reasonable man in the position of the inspector must realise that if the foundations are covered in without adequate depth or strength as required by the byelaws, injury to safety or health may be suffered by owners or occupiers of the house. The duty is owed to them, not of course to a negligent building owner, the source of his own loss.

omissions négligentes avant qu'elles posent un danger pour la santé et la sécurité du public. Si, comme je le crois, les constructeurs propriétaires sont visés par l'obligation de diligence à laquelle est tenu l'inspecteur des bâtiments, il serait tout simplement illogique de présumer que tout acte négligent d'un constructeur propriétaire libère la municipalité de son obligation d'agir avec diligence raisonnable dans l'approbation des plans de construction et l'inspection de l'état des travaux.

Serait considéré comme seul responsable de sa perte le propriétaire négligent qui, par exemple, fait fi sciemment des règlements de construction applicables ou des directives de la municipalité, ou qui ne s'acquitte d'aucune des responsabilités qui lui échoient à juste titre. Nous ne sommes toutefois en présence d'aucune de ces situations en l'espèce. Le juge La Forest a estimé que la conduite des demandeurs dans l'affaire *Rothfield c. Manolakos*, précitée, n'était pas telle qu'elle en faisait les seuls responsables de leur propre perte.

Il existe, dans l'arrêt *Rothfield c. Manolakos*, une certaine ambiguïté quant à l'étape au cours de laquelle la négligence du propriétaire constructeur doit être prise en compte dans l'analyse classique en droit de la responsabilité civile délictuelle: le tribunal doit-il en tenir compte lorsqu'il détermine si la municipalité a une obligation de diligence envers le propriétaire constructeur négligent, ou encore lorsqu'il se demande si la négligence de ce dernier peut servir de moyen de défense à l'encontre d'une allégation de négligence de la part de l'inspecteur municipal? Cette ambiguïté découle du fait que le juge La Forest a commencé son analyse des conséquences de la négligence du propriétaire constructeur en faisant état de la remarque de lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, précité, à la p. 504:

[TRADUCTION] *Le bénéficiaire de l'obligation.* À mon avis, cette question ne soulève aucune difficulté. Un homme raisonnable dans la situation d'un inspecteur doit comprendre que si les fondations sont recouvertes sans qu'elles aient l'épaisseur et la résistance requises par les règlements, il y a risque d'atteinte à la sécurité et à la santé des propriétaires ou des occupants de la maison. C'est envers eux que l'obligation existe — non pas, évidemment, envers un propriétaire négligent à l'origine de sa propre perte.

Lord Wilberforce's *dictum* does imply that an examination of the negligence of an owner-builder will take place within the two-step analysis of whether a duty of care is owed by a municipality in conducting an inspection. As a result, the analysis of the consequences of the negligence of an owner-builder in *Rothfield v. Manolakos, supra*, also uses language which implies that the inquiry into whether a municipality is liable for its negligent inspection will end at the duty stage of the analysis if the plaintiff's conduct is found to be such as to make him or her the sole source of his or her own loss. Upon further examination, however, it is my view that the true intention of the decision in *Rothfield v. Manolakos* was to create a defence available to municipalities in a very limited set of circumstances.

32

There are several passages in the reasons of La Forest J. in *Rothfield v. Manolakos* which make it clear that the negligent conduct of an owner-builder should not absolve a municipality of its duty to take reasonable care in its inspection. For example, at p. 1273, he states:

It cannot be disputed that the owners were negligent in failing to give timely notice for the pre-pour inspection. The by-law places this obligation squarely on every property owner. But the fact remains that when the inspector did attend at the site he was confronted with a situation in which it must have been at once clear to him that the retaining wall was potentially substandard. As I have just pointed out, there is no mystery to the fact that uninspected foundations may give rise to hidden defects.

Again, at p. 1274, he states:

... when he attended at the site, [the inspector] was confronted with a situation which, if left unremedied, manifestly stood to pose a threat to the health and safety of the public, including the neighbours and the owner builder. Of course, the cause of the problem would have been evident if the inspector had been asked to come at the proper time. But this does not absolve the inspector of his duties. It must be remembered that the inspector

Cette remarque de lord Wilberforce implique effectivement que la question de la négligence du propriétaire constructeur est examinée dans le cadre de l'analyse en deux volets visant à déterminer si une municipalité a une obligation de diligence lorsqu'elle procède à une inspection. Par conséquent, dans l'arrêt *Rothfield c. Manolakos*, précité, l'analyse des conséquences de la négligence du propriétaire constructeur est elle aussi décrite en des termes qui suggèrent que l'examen de la question de savoir si une municipalité est responsable par suite de son inspection négligente cesse à l'étape de la détermination de l'existence de l'obligation dans les cas où la conduite du demandeur est jugée telle qu'elle le rend seul responsable de sa propre perte. Toutefois, après avoir poussé l'examen de cet arrêt, je suis d'avis que son objet véritable était de créer, à l'intention des municipalités, un moyen de défense applicable dans des cas très limités.

Il ressort clairement de plusieurs passages des motifs du juge La Forest dans *Rothfield c. Manolakos* que la négligence du propriétaire constructeur ne libère pas la municipalité de son obligation de faire montre de diligence raisonnable dans l'exécution de ses inspections. Par exemple, le juge La Forest a dit ceci, à la p. 1273:

On ne peut nier que les propriétaires ont été négligents en omettant d'aviser assez tôt pour que l'inspection avant le coulage du béton ait lieu. Le règlement municipal impose carrément cette obligation à tout propriétaire. Mais il n'en demeure pas moins que lorsque l'inspecteur s'est rendu sur les lieux il aurait dû comprendre immédiatement que le mur de soutènement n'était probablement pas conforme aux normes. Comme je viens de le souligner, il est évident que des fondations qui n'ont pas été inspectées peuvent engendrer des vices cachés.

Il a ajouté ce qui suit, à la p. 1274:

... lorsqu'il s'est rendu sur place, il a fait face à une situation qui, si elle n'était pas corrigée, risquait manifestement de mettre en danger la santé et la sécurité du public, y compris celles des voisins et du constructeur propriétaire. Il est évident que la cause du problème aurait sauté aux yeux si on avait demandé à l'inspecteur de venir au moment opportun. Mais cela ne libère pas l'inspecteur de ses obligations. Il faut se rappeler que

was, at the time, armed with all the powers necessary to remedy the situation. As I see the matter, it was incumbent on the building inspector, in view of the responsibility that rested on him, to order the cessation of the work, and the taking of whatever corrective measures were necessary to enable him to ensure that the structure was up to standard.

In light of these two passages, it is apparent that an inspector who attends at a site owes a duty of care to the public, to third-party neighbours, and to owner-builders to ensure that all renovation and construction projects meet the standards set out in the by-laws. This duty arises regardless of the conduct or negligence of the owner-builder.

Having found that a municipality whose inspector conducts a site inspection owes a duty to conduct a reasonable inspection, despite the negligence of the owner-builder, La Forest J. proceeds to set out a defence that may be available to municipalities in limited circumstances. He underlines that it may be open to a municipality to argue in its defence that an owner-builder's conduct was such that it was impossible to fulfill the duty to take reasonable care in its inspection. He sets out the test as follows, at pp. 1273-74:

The key question, it seems to me, is whether it is reasonable to conclude that despite the negligence of the owners, the inspector was still in a position to acquit himself of the responsibility that the by-law placed on him, i.e., to take reasonable care to ensure that all building was done in accordance with the applicable standards of the by-law. In other words, is it reasonable, in the circumstances, to conclude that a due exercise by the inspector of his powers, even though he was summoned late, could have avoided the danger?

The test assumes that inspectors owe a duty to take reasonable care to ensure that all construction is done in accordance with the standards. A municipality will only be absolved completely of the liability which flows from an inspection which does not meet the standard of reasonable care when the conduct of the owner-builder is such as to make it

l'inspecteur disposait à ce moment-là de tous les pouvoirs nécessaires pour remédier à la situation. Selon ma perception de l'affaire, il était de son devoir, étant donné la responsabilité qui lui incombait, d'ordonner la cessation des travaux et de prendre les mesures correctives nécessaires pour s'assurer que l'ouvrage soit conforme aux normes.

Il appert de ces deux passages que l'inspecteur qui visite un chantier a, envers le public, les voisins et les propriétaires constructeurs, une obligation de diligence lui imposant de veiller à ce que les projets de rénovation et de construction satisfassent aux normes réglementaires. Cette obligation existe, indépendamment de la conduite ou de la négligence du propriétaire constructeur.

Après avoir décidé que la municipalité qui fait inspecter des travaux de construction est tenue de procéder à une inspection raisonnable, en dépit de la négligence du propriétaire constructeur, le juge La Forest a énoncé un moyen de défense que peuvent invoquer les municipalités dans des cas limités. Il souligne qu'il pourrait être possible à la municipalité de plaider, en défense, que la conduite du propriétaire constructeur l'a mise dans l'impossibilité de s'acquitter de son obligation de faire montre de diligence raisonnable dans son inspection. Il formule ainsi le critère, aux pp. 1273 et 1274:

Il me semble que la question clé est de savoir s'il est raisonnable de conclure que, malgré la négligence des propriétaires, l'inspecteur était toujours en mesure de s'acquitter de l'obligation que le règlement municipal lui imposait, c'est-à-dire d'agir avec diligence raisonnable pour s'assurer que tous les travaux de construction soient exécutés conformément aux normes applicables du règlement municipal. En d'autres termes, est-il raisonnable, dans les circonstances, de conclure que s'il avait dûment exercé ses pouvoirs, l'inspecteur, bien qu'il ait été appelé tardivement, aurait pu prévenir le danger?

Le critère suppose que les inspecteurs ont l'obligation d'agir avec diligence raisonnable pour s'assurer que tous les travaux de construction sont exécutés conformément aux normes. Une municipalité qui a effectué une inspection ne respectant pas la norme de diligence raisonnable n'est exonérée de toute responsabilité que dans les cas où la conduite

impossible for the inspector to do anything to avoid the danger. In such circumstances, for example when an owner-builder determines to flout the building by-law, or is completely indifferent to the responsibilities that the by-law places on him or her, that owner-builder cannot reasonably allege that any damage suffered is the result of the failure of the building inspector to take reasonable care in conducting an inspection.

34

La Forest J.'s interpretation of Lord Wilberforce's *dictum* in *Anns v. Merton London Borough Council*, *supra*, is consistent with the interpretation provided by the English Court of Appeal. In *Acrecrest Ltd. v. Hattrell & Partners*, [1983] 1 All E.R. 17, Donaldson L.J. found that the principle does not exclude negligent builder-owners from the ambit of a municipality's duty of care, but rather that it serves as a defence. He interprets the Lord Wilberforce's *dictum* as follows, at p. 31:

... the local authority's duty of care extends to the building owner and the builder-owner to the same extent as to future owners and present and future occupiers. The difference in the position of the building owner or builder-owner is not in the ambit of the duty, but in the fact that they may have more difficulty in proving a causal connection between the damage and the building inspector's negligence and may also be faced with allegations of contributory negligence which may partially or even wholly defeat their claim. This, I think, is what Lord Wilberforce meant when in the *Anns* case... he said:

"The duty is owed to them [the owners or occupiers of the house], not of course to the negligent building owner, the source of his own loss."

If the building owner's negligence was the effective source of his loss, he would fail on the ground that there was a break in the chain of causation or on the ground that it was just and equitable that the damages recoverable should be reduced to nothing, having regard to the building owner's share in the responsibility for the damage. . . .

du propriétaire constructeur a été telle qu'elle a empêché l'inspecteur de faire quoi que ce soit pour prévenir le danger. Dans un tel cas, par exemple lorsqu'un propriétaire constructeur décide de faire fi du règlement de construction municipal ou ne se soucie absolument pas des responsabilités que ce règlement lui impose, le propriétaire constructeur ne pourra raisonnablement prétendre que le préjudice subi découle de l'omission de l'inspecteur en bâtiment de procéder à son inspection avec diligence raisonnable.

L'interprétation que donne le juge La Forest de la remarque faite par lord Wilberforce dans *Anns c. Merton London Borough Council*, précité, concorde avec celle de la Cour d'appel d'Angleterre. Dans l'arrêt *Acrecrest Ltd. c. Hattrell & Partners*, [1983] 1 All E.R. 17, le lord juge Donaldson a estimé que le principe n'a pas pour effet d'exclure les propriétaires constructeurs négligents du champ d'application de l'obligation de diligence de la municipalité, mais qu'elle constitue plutôt un moyen de défense. Il a interprété ainsi la remarque de lord Wilberforce, à la p. 31:

[TRADUCTION] ... le propriétaire d'un bâtiment et le propriétaire constructeur bénéficient de l'obligation de diligence de l'autorité locale au même titre que les futurs propriétaires et les occupants actuels et futurs. La situation du propriétaire d'un bâtiment ou du propriétaire constructeur diffère non pas du point de vue du champ d'application de l'obligation, mais à cause du fait qu'il peut leur être plus difficile de prouver le lien de causalité entre le dommage et la négligence de l'inspecteur en bâtiment, et qu'on pourrait leur opposer des allégations de négligence contributive susceptibles d'entraîner le rejet partiel ou total de leur action en indemnisation. Voilà, je crois, ce que voulait dire lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns* [...] lorsqu'il a dit:

«C'est envers eux [les propriétaires ou occupants du bâtiment] que l'obligation existe — non pas, évidemment, envers un propriétaire négligent à l'origine de sa propre perte.»

Si la négligence du propriétaire est la cause réelle de sa perte, il serait débouté en raison d'une rupture dans le lien de causalité ou parce qu'il est juste et équitable que les dommages-intérêts soient réduits à néant en raison de la part de responsabilité du propriétaire à l'égard du dommage subi . . .

Clearly, the English Court of Appeal interpreted Lord Wilberforce's *dictum* as a defence to a claim of negligence on the part of an owner-builder who was the sole source of his or her own loss. Such a defence could be invoked, either to show that the negligence of an inspector could not in any way be the cause of the owner-builder's loss, or as a complete bar to recovery for the owner-builder's contributory negligence.

La Forest J.'s interpretation of Lord Wilberforce's *dictum* as a defence to a finding of negligence against a municipality, rather than as a principle which excludes a class of negligent builder-owners from the scope of a municipality's duty of care, is also consistent with this Court's approach to other defences in tort law which focus on the plaintiff's conduct. In the context of the defence of *ex turpi causa non oritur actio*, this Court has ruled that it is inappropriate to consider the effect of the conduct of a plaintiff within the duty of care analysis. In *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159, McLachlin J., for the majority of the Court, found that it is inconsistent with the conceptual role of the duty of care within the traditional tort law analysis to consider the plaintiff's conduct as a consideration which can remove him or her from the scope of a duty which would otherwise be owed to him or her. She found that a duty of care should be grounded in considerations of proximity and foreseeability. The legality or morality of the plaintiff's conduct is an extrinsic consideration. As such, she found, in those cases where the conduct of the plaintiff does become an issue to be considered, it should be done by way of a defence, rather than by distorting the notion of the duty of care owed by the defendant to the plaintiff; see *Hall v. Hebert*, *supra*, at p. 182. It would be inconsistent with this Court's jurisprudence to develop an area of negligence law where the conduct of the plaintiff is determinative of whether he or she is owed a duty of care when this Court has specifically pronounced that a plaintiff's conduct may not be considered in determining whether a duty of care is

De toute évidence, la Cour d'appel d'Angleterre a considéré la remarque de lord Wilberforce comme un moyen de défense opposable à une allégation de négligence avancée par un propriétaire constructeur qui a été l'unique responsable de sa propre perte. Ce moyen pourrait être invoqué soit pour démontrer que la négligence de l'inspecteur n'a pu d'aucune façon causer la perte subie par le propriétaire constructeur, soit comme fin de non-recevoir absolue à toute demande d'indemnisation du propriétaire constructeur en raison de sa négligence contributive.

L'interprétation de la remarque de lord Wilberforce qu'a donnée le juge La Forest — remarque qu'il a considérée comme un moyen de défense opposable à une allégation de négligence contre une municipalité plutôt que comme un principe ayant pour effet d'exclure une catégorie de constructeurs négligents du champ d'application de l'obligation de diligence des municipalités — concorde également avec l'approche de notre Cour à l'égard d'autres moyens de défense axés sur la conduite du demandeur en matière de responsabilité civile délictuelle. Dans le contexte de la défense *ex turpi causa non oritur actio*, notre Cour a jugé que l'effet de la conduite du demandeur ne devait pas être pris en considération dans l'analyse de l'obligation de diligence. Dans *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, le juge McLachlin, qui s'exprimait pour la majorité de la Cour, a estimé que la prise en compte de la conduite du demandeur en tant que facteur susceptible de l'exclure du champ d'application de l'obligation de diligence dont il aurait autrement été créancier était incompatible avec le rôle conceptuel que joue cette obligation dans l'analyse classique en droit de la responsabilité civile délictuelle. De conclure le juge McLachlin, l'obligation de diligence doit être fondée sur l'existence d'un lien étroit et sur la prévisibilité du préjudice. La légalité ou la moralité de la conduite du demandeur sont des facteurs extrinsèques. Elle a donc jugé que, dans les cas où la conduite du demandeur est une question qui doit être examinée, cet examen doit être fait en considérant la conduite comme un moyen de défense, afin d'éviter de dénaturer la notion d'obligation de

owed to him or her in other areas of negligence law.

36

The respondent city argues that to interpret the decision of La Forest J. in *Rothfield v. Manolakos*, *supra*, as setting out the parameters for a defence to a claim of negligence by a negligent owner-builder against a municipality would necessitate overruling this Court's decision in *Hospitality Investments Ltd. v. Everett Lord Building Construction Ltd.*, [1996] 3 S.C.R. 605. This decision consists of one paragraph which restores the judgment of the New Brunswick Court of Queen's Bench at (1993), 143 N.B.R. (2d) 258, and is set out, at p. 606, as follows:

We agree with the trial judge that no duty of care was owed to the respondent in the circumstances of this case. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal (1995), 166 N.B.R. (2d) 241, is reversed, and the trial judgment (1993), 143 N.B.R. (2d) 258, is restored, the whole with costs throughout.

This decision does appear to contradict the decision in *Rothfield v. Manolakos*, *supra*, as it seems to exempt the municipality from liability at the first stage of the negligence analysis. However, the Court did not adopt the reasons of the trial judge in the case and wrote only one sentence in disposing of the appeal. To the extent that the decision can be read as departing from the analysis of *Rothfield v. Manolakos*, it should not be followed.

37

The respondent city also relies on the decision of the British Columbia Court of Appeal in *McCrea v. White Rock*, [1975] 2 W.W.R. 593, to

diligence du défendeur envers le demandeur; voir *Hall c. Hebert*, précité, à la p. 182. Notre Cour irait à l'encontre de sa propre jurisprudence si elle affirmait que, dans un aspect du droit relatif à la négligence, la conduite du demandeur détermine s'il est ou non créancier d'une obligation de diligence, alors qu'elle a expressément déclaré, relativement à d'autres aspects de ce domaine du droit, que la conduite du demandeur ne peut pas être prise en compte pour statuer sur l'existence d'une obligation de diligence envers ce dernier.

La ville intimée prétend que, si notre Cour entend considérer que les motifs exposés par le juge La Forest dans *Rothfield c. Manolakos*, précité, établissent les paramètres d'un moyen de défense à l'encontre d'une allégation de négligence avancée contre une municipalité par un constructeur propriétaire négligent, il lui faudrait écarter sa propre décision dans l'affaire *Hospitality Investments Ltd. c. Everett Lord Building Construction Ltd.*, [1996] 3 R.C.S. 605. Cet arrêt d'un seul paragraphe, qui rétablit la décision de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick publiée à (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 258, est rédigé ainsi, à la p. 606:

Nous sommes d'accord avec le juge de première instance qu'aucune obligation de diligence n'était due à l'intimée dans les circonstances de l'espèce. En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel (1995), 166 R.N.-B. (2^e) 241, est infirmé, la décision du juge de première instance (1993), 143 R.N.-B. (2^e) 258, est rétablie, le tout avec dépens devant toutes les cours.

Cette décision semble effectivement contredire l'arrêt *Rothfield c. Manolakos*, précité, puisqu'elle semble écarter la responsabilité de la municipalité à la première étape de l'analyse de la question de la négligence. Toutefois, notre Cour n'a pas souscrit aux motifs exposés par le juge de première instance et elle a tranché le pourvoi au moyen d'une seule phrase. Dans la mesure où cet arrêt déroge à l'analyse énoncée dans *Rothfield c. Manolakos*, il ne doit pas être suivi.

La ville intimée invoque également l'arrêt *McCrea c. White Rock*, [1975] 2 W.W.R. 593, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique au

support its contention that a duty of care is not owed to the appellant in the case at bar. That case is also distinguishable from the case at bar. In that case, the plaintiffs had hired a contractor to renovate their grocery store. The contractor applied for and received a building permit on the basis of a plan which he submitted to the inspector. He did not, however, follow the plan when installing a beam into the renovations and eventually the building collapsed. The by-law which governed inspections in the City of White Rock provided for a scheme of inspections to occur at various stages of the construction. A duty was placed on the owners of the building to notify the inspector at various stages of the construction to receive inspections. The city had made a policy decision not to inspect until notified of the need for an inspection. The contractor called the inspector on behalf of the owners, and received three inspections pursuant to the by-law. There was evidence that the practice in White Rock was for the contractor to call for inspections on behalf of the owner. No further calls for inspection were made and as a result the inspector did not inspect the beam and did not conduct any further inspections of the site.

While three separate and concurring sets of reasons were delivered in that case, all three of the judges of the British Columbia Court of Appeal agreed that the by-law imposed a duty to inspect the construction only when the inspector was notified by the owners that the construction had reached one of the stages where inspection was required by by-law. A municipal inspector could not be expected to attend at a site continuously to ensure that the construction met the specifications in the permit. Since the owners had failed to notify the inspector of the need to inspect the work, the inspector owed no duty to them. Two of the sets of reasons were careful to distinguish the case from those cases where inspectors had attended at construction sites and been negligent in conducting their inspections. This case is distinguishable from the case at bar, where the owners did notify the inspector of a need to inspect, and the inspector did attend at the site to conduct the inspection.

soutien de son argument qu'elle n'a aucune obligation de diligence envers le demandeur en l'espèce. Cette décision peut elle aussi être distinguée du présent cas. Dans cette affaire, les demandeurs avaient engagé un entrepreneur pour rénover leur épicerie. L'entrepreneur avait demandé et obtenu un permis de construction sur la foi du plan qu'il avait soumis à l'inspecteur. Toutefois, il a installé une poutre qui n'était pas prévue par le plan de rénovation, et le bâtiment a fini par s'effondrer. Le règlement municipal régissant les inspections dans la ville de White Rock établissait un régime d'inspection comportant des visites à divers stades d'avancement des travaux. Les propriétaires du bâtiment étaient tenus d'aviser l'inspecteur à ces diverses étapes afin de permettre la tenue des inspections. L'entrepreneur a appelé l'inspecteur au nom des propriétaires, et trois inspections furent réalisées conformément au règlement. La preuve indiquait qu'il était d'usage, à White Rock, que l'entrepreneur demande les inspections pour le compte des propriétaires. Aucune autre demande d'inspection n'a été faite et, par conséquent, l'inspecteur n'a pas examiné la poutre ni procédé à aucune autre visite du chantier.

Quoique chacun des trois juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ait rédigé des motifs concourants, ils étaient néanmoins tous d'avis que le règlement n'imposait l'obligation d'inspecter que dans les cas où les propriétaires avisaient l'inspecteur que les travaux étaient rendus à une étape où, aux termes du règlement, une inspection était requise. On ne pouvait attendre d'un inspecteur qu'il soit continuellement présent à un chantier pour s'assurer de la conformité des travaux aux exigences du permis. Comme les propriétaires avaient omis d'aviser l'inspecteur qu'une inspection était nécessaire, ce dernier n'avait aucune obligation à leur égard. Deux des juges ont pris soin de bien distinguer l'affaire dont ils étaient saisis des cas où des inspecteurs s'étaient rendus à un chantier, mais avaient fait montre de négligence dans leur inspection. Cette affaire diffère de la présente espèce, où les propriétaires ont avisé l'inspecteur qu'une inspection était nécessaire et où celui-ci s'est effectivement rendu sur les lieux et a fait une inspection.

39

To summarize, despite some ambiguity in the language used in his decision, it is clear that La Forest J. created a complete defence for municipalities that could be used to militate against a finding of negligence only in the rarest of circumstances, namely, when the owner-builder's conduct was such that a court could only conclude that he or she was the sole source of his or her own loss. This complete defence may encompass those situations where an owner-builder never applies for a building permit, or never notifies the inspector of the need for an inspection, or those situations where the inspector receives notification so late that it would be impossible, upon full exercise of the powers granted under the governing legislation, to discover any hidden defects. In other cases, such as *Rothfield v. Manolakos, supra*, itself, it will still be open to municipalities to show that a plaintiff was contributorily negligent, and to seek an apportionment of the damages accordingly. It is also clear that once a municipality chooses to implement a policy decision to inspect, it owes a duty to all who might be injured by the negligent exercise of those powers, including builder-owners, to take reasonable care in conducting that inspection. As a result, I must disagree with the findings of the Ontario Court of Appeal in this case. The city owed a duty to the appellant to conduct a reasonable inspection of the renovations to his home.

B. *Standard of Care*

40

As I have stated above, to avoid liability the city must show that its inspectors exercised the standard of care that would be expected of an ordinary, reasonable and prudent inspector in the same circumstances. The measure of what constitutes a reasonable inspection will vary depending on the facts of each case, including the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of that harm, and the burden or cost which would be incurred to prevent the injury; see, for example, *Ryan v. Victoria, supra*, at para. 28. For example, a more thorough

En résumé, malgré la présence de certaines ambiguïtés dans le texte de ses motifs, il est clair que le juge La Forest a créé un moyen de défense complet que les municipalités peuvent invoquer pour échapper à une conclusion de négligence de leur part, mais dans des cas extrêmement rares, savoir lorsque la conduite du constructeur propriétaire est telle qu'un tribunal ne pourrait faire autrement que juger que ce dernier est l'unique responsable de sa perte. Ce moyen de défense complet s'applique notamment lorsque le propriétaire constructeur ne présente aucune demande de permis de construction ou n'avise pas l'inspecteur qu'une inspection est nécessaire, ou lorsque l'inspecteur est avisé si tardivement qu'il lui serait impossible, même en exerçant tous les pouvoirs qui lui sont accordés par la loi applicable, de découvrir le moindre vice caché. Dans d'autres situations, comme celle de l'affaire *Rothfield c. Manolakos*, précitée, il sera toujours loisible aux municipalités de démontrer qu'un demandeur a contribué au préjudice qu'il a subi et de demander que la responsabilité soit partagée en conséquence. Il est clair aussi que, lorsqu'une municipalité décide de mettre à exécution sa décision de politique générale d'effectuer des inspections, elle a l'obligation, envers tous ceux qui sont susceptibles de subir un préjudice en cas de négligence de sa part dans l'exercice de ses pouvoirs, de faire montre de diligence raisonnable dans ses inspections. Par conséquent, je dois exprimer mon désaccord avec les conclusions de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce. La municipalité avait envers l'appellant l'obligation d'effectuer une inspection raisonnable des travaux de rénovation effectués à son domicile.

B. *La norme de diligence*

Comme je l'ai dit précédemment, pour éviter que sa responsabilité soit engagée, la ville doit démontrer que ses inspecteurs ont agi de façon aussi diligente que le ferait un inspecteur ordinaire, raisonnable et prudent placé dans la même situation. Le caractère raisonnable de l'inspection variera selon les faits propres à chaque espèce, y compris suivant la probabilité qu'un préjudice connu ou prévisible survienne, la gravité de ce préjudice et le fardeau ou le coût qu'il faudrait assumer pour le prévenir; voir, par exemple, *Ryan c.*

inspection may be required once an inspector is put on notice of the possibility that a construction project may be defective. In addition, a municipal inspector may be required to exercise greater care when the work being inspected is integral to the structure of the house and could result in serious harm if it is defective. While in some circumstances a more thorough inspection will be required to meet the standard of care, municipalities will not be held to a standard where they are required to act as insurers for the renovation work. The city was not required to discover every latent defect in the renovations at the appellant's home. It was, however, required to conduct a reasonable inspection in light of all of the circumstances; see, for example, *Rothfield v. Manolakos, supra*, at pp. 1268-69.

The inspection scheme set out in the 1990 *Building Code Act* delineates the powers that are available to municipal inspectors to discover defects in a construction project. The city can only be held liable for those defects which the municipal inspector could reasonably be expected to have detected and had the power to have remedied.

I turn now to the inspection that took place at the appellant's home. In examining whether the inspection was reasonable in the circumstances, we must bear in mind that the determination of whether a defendant has met the standard of care required in the circumstances is a question of fact. While it is open to an appeal court to find that a trial judge applied the wrong standard of care, once it is determined that he or she applied the correct standard, an appeal court can reverse a trial judge's findings with respect to whether that standard was met by the defendant only if it can be established that he or she made some palpable and overriding error which affected the assessment of the facts; see, for example, *Ryan v. Victoria, supra*, at para. 57; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808.

Victoria, précité, au par. 28. Par exemple, une inspection plus poussée pourrait être nécessaire lorsque l'inspecteur est informé de la possibilité qu'un projet de construction comporte des vices. En outre, un inspecteur municipal pourrait être tenu de faire montre d'une diligence plus grande lorsque l'ouvrage inspecté fait partie intégrante de la structure du bâtiment et qu'un préjudice grave pourrait être causé s'il présentait des vices. Bien que, dans certaines circonstances, une inspection plus poussée soit nécessaire pour satisfaire la norme de diligence, les municipalités ne sont pas tenues à une norme qui ferait d'elles les assureurs des travaux de rénovation. La ville n'avait pas l'obligation de découvrir tous les vices cachés des travaux de rénovation effectués au domicile de l'appelant. Toutefois, elle devait effectuer une inspection raisonnable eu égard à toutes les circonstances; voir, par exemple, *Rothfield c. Manolakos*, précité, aux pp. 1268 et 1269.

Le régime d'inspection établi par la *Loi sur le code du bâtiment* de 1990 définit les pouvoirs dont disposent les inspecteurs municipaux afin de découvrir les vices d'un projet de construction. La responsabilité de la ville ne peut être retenue qu'à l'égard des vices qu'il aurait été raisonnable qu'un inspecteur municipal découvre et dont il était habilité à ordonner la correction.

Je vais maintenant examiner l'inspection effectuée au domicile de l'appelant. Pour déterminer si cette inspection était raisonnable dans les circonstances, il ne faut pas oublier que la question de savoir si un défendeur a satisfait à la norme de diligence requise dans les circonstances est une question de fait. Bien qu'il soit loisible à une cour d'appel de conclure que le juge de première instance n'a pas appliqué la bonne norme de diligence, dans les cas où elle décide que la norme appliquée était la bonne, elle ne peut infirmer les conclusions du juge de première instance relativement à la question de savoir si le défendeur s'y est conformé que s'il peut être établi que le juge a commis une erreur manifeste et dominante ayant faussé son appréciation des faits; voir, par exemple, *Ryan c. Victoria*, précité, au par. 57; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, à la p. 808.

41

42

43

After conducting a thorough examination of the facts in this case, Conant J. concluded that the city's inspection fell short of meeting a reasonable standard in the circumstances. He accepted the appellant's submission that the behaviour of the contractor should have made the inspector wary. The contractor did not apply for the building permit until after the underpinning had been put in. The contractor had ignored the instructions in the permit, which specified that the inspector was to be notified before proceeding with the underpinning. The contractor had also failed to post the permit outside the appellant's home. Mr. Tecson testified that he did not know the contractor and had no basis for relying on him. The trial judge concluded that, given these circumstances, it would have been reasonable to inspect further. It was simply insufficient for the inspector to rely on the contractor's assurances that the work, which was not readily visible, had been completed according to the specifications. Indeed, it has been recognized by this Court that it is to be expected that contractors, in the normal course of events, will fail to observe certain aspects of the building by-laws. It is for this reason that municipalities employ building inspectors; see, for example, *Rothfield v. Manolacos*, *supra*, at p. 1271. It is, therefore, unreasonable for an inspector to conclude that a project has met the standards in the building code simply because the contractor has said so. Such a conclusion is especially unreasonable when the inspector has been put on notice of the contractor's willingness to contravene the instructions in the building permit.

44

Conant J. also found that a more thorough inspection was reasonable in this case because of the nature of the work that was being carried out. He found that the risk of harm was great, requiring a higher standard of care. The construction work consisted of the installation of underpinning, which was to bear the weight of the entire house. It was a major structural element, and a serious defect in its construction could have led to the

Après un examen approfondi des faits de la présente espèce, le juge Conant a estimé que l'inspection effectuée par la municipalité n'était pas, dans les circonstances, une inspection raisonnable au sens de la norme. Il a retenu l'argument de l'appellant selon lequel la conduite de l'entrepreneur aurait dû éveiller la méfiance de l'inspecteur. En effet, l'entrepreneur n'avait demandé le permis de construction qu'après avoir installé les étais. Il n'avait pas tenu compte de la condition du permis précisant qu'un avis devait être donné à l'inspecteur avant l'exécution de ce travail. L'entrepreneur avait également omis d'afficher le permis à l'extérieur de la maison de l'appelant. Monsieur Tecson a témoigné qu'il ne connaissait pas l'entrepreneur et qu'il n'avait pas de raison de se fier à lui. Le juge de première instance a estimé que, dans ces circonstances, il aurait été raisonnable de faire une inspection plus approfondie. Il était tout simplement insuffisant que l'inspecteur s'en remette aux assurances de l'entrepreneur selon lesquelles l'ouvrage, qui n'était pas aisément observable, avait été réalisé conformément aux devis. De fait, notre Cour a reconnu que l'on peut s'attendre à ce que, dans le cours normal des choses, les entrepreneurs n'observent pas certains aspects des règlements de construction. C'est pour cette raison que les municipalités emploient des inspecteurs en bâtiment; voir, par exemple, *Rothfield c. Manolacos*, précité, à la p. 1271. Il est donc déraisonnable de la part d'un inspecteur de conclure à la conformité d'un projet avec les normes du code du bâtiment simplement sur la foi des affirmations en ce sens de l'entrepreneur. Une telle conclusion est particulièrement déraisonnable dans les cas où l'inspecteur a été informé que l'entrepreneur en question est prêt à contrevenir aux prescriptions du permis de construction.

Le juge Conant a également estimé qu'il aurait été raisonnable de procéder à une inspection plus poussée en l'espèce en raison de la nature des travaux effectués. Il a estimé que le risque de préjudice était grand et appelait une norme de diligence plus élevée. En effet, les travaux demandaient l'installation d'étais devant supporter tout le poids de la maison. Il s'agissait d'un ouvrage de structure essentiel qui, s'il comportait un vice de

collapse of the entire house. While the tests conducted by the inspector could help to ascertain the quality of the materials used, they could not help to ascertain whether the dimensions of the underpinning were in accordance with the plan. Given the importance of the underpinning to the safety of the entire house, verification that its construction met the specifications of the plan was necessary.

The city argued that the inspector lacked the power to do anything further than the inspection that he conducted. The underpinning had been laid before his arrival and it was impossible to determine visually whether it continued for the full width of the footing. The basement was dug up for the laying of the drains, and only a few inches of the depth of the underpinning were visible because of the piles of dirt from the excavation. The city argued that the powers of the building inspector to uncover work were limited. Section 9(2) restricted those powers to situations where there was a reason to believe that a part of the building had not been constructed in compliance with the Act and there was a pre-existing order not to cover. At trial, Conant J. accepted that the preconditions to satisfy granting an order pursuant to s. 9(2) of the Act were absent in this case. However, he rejected the argument that this was the only power available to the municipality to remedy the defect.

The trial judge found that, pursuant to s. 11(1)(d) of the 1990 Act, the inspector had the power to order the appellant to call in an engineer to saw through the underpinning to determine its width. Furthermore, pursuant to s. 9(1) of the Act, the inspector could have ordered that the basement floor not be laid. He could then have returned after the drains had been installed, when it was not raining, and dug down to determine the depth of the underpinning. The city argues that this places too high a standard on the inspector. He had no reason to believe that the underpinning did not meet the specifications in the plan. His inspection indicated that the work had been done properly. I find no

construction grave, pourrait entraîner l'écroulement de toute la maison. Les épreuves effectuées par l'inspecteur permettaient de contrôler la qualité des matériaux utilisés, mais non de s'assurer que les dimensions des étais étaient conformes au plan. Compte tenu de l'importance des travaux de reprise en sous-œuvre du point de vue de la sécurité de l'ensemble du bâtiment, il était nécessaire de vérifier la conformité des travaux au plan.

La ville plaide que l'inspecteur n'avait pas le pouvoir de faire plus que l'inspection qu'il a effectuée. Les étais avaient été installés avant son arrivée, et il lui était impossible de déterminer visuellement s'ils reprenaient l'entière largeur de la semelle des fondations. Le sous-sol avait été creusé pour l'installation des drains, et les piles de débris laissées par les travaux d'excavation ne permettaient de voir que quelques pouces de la profondeur des étais. La ville a prétendu que le pouvoir d'un inspecteur d'ordonner que des travaux soient découverts est limité. Le paragraphe 9(2) en restreint l'exercice aux cas où l'inspecteur est fondé à croire qu'une partie de bâtiment n'a pas été construite conformément à la Loi et où un ordre d'interdiction de couvrir a préalablement été donné. Au procès, le juge Conant a retenu l'argument que, en l'espèce, les conditions requises pour que l'ordre visé au par. 9(2) puisse être donné n'étaient pas réunies. Il a toutefois rejeté l'argument de la municipalité selon lequel il s'agissait du seul pouvoir dont elle disposait pour faire corriger le vice.

Le juge de première instance a estimé que, en vertu de l'al. 11(1)d) de la Loi, l'inspecteur avait le pouvoir d'ordonner à l'appelant de demander à un ingénieur de scier les étais pour déterminer leur largeur. De plus, en vertu du par. 9(1) de la Loi, l'inspecteur aurait pu interdire que l'on coule le plancher du sous-sol. Il aurait alors pu revenir après l'installation des drains, durant une journée où il ne pleuvait pas, et creuser pour déterminer la profondeur des étais. La ville affirme que c'est assujettir l'inspecteur à une norme trop élevée. Il n'avait aucune raison de croire que les étais n'étaient pas conformes au plan. Son inspection indiquait que le travail avait été bien fait. Je ne

error in the findings of the trial judge in this respect. The inspector reached his conclusion that the depth and the width of the underpinning met the specifications in the plan on the assurance of a contractor who had already shown disregard for the requirements of the building permit, and tests which concluded that the other aspects of the underpinning had met the standard. Given the nature of the work, it was unreasonable to conclude that the width and the depth of the underpinning met the requirements of the building code without actually inspecting that aspect of the work.

47 The trial judge applied the correct principles in determining that the inspector failed to conduct a reasonable inspection in the circumstances. He recognized that in the circumstances, especially in light of the importance of the underpinning to the structural safety of the home, a more vigilant inspection was required. The Act granted the power to the inspector to conduct such an inspection. By failing to exercise those powers to ensure that the underpinning met the specifications in the plan, the inspector failed to meet the standard of care that would have been expected of an ordinary, reasonable and prudent inspector in the circumstances. I therefore agree with Conant J. that the municipality was negligent in conducting the inspection of the renovations on the appellant's home.

C. *The Negligent Owner-Builder*

48 Having found that the city owed a duty to the appellant to conduct a reasonable inspection, and that its inspector failed to conduct a reasonable inspection in the circumstances, I must now examine whether the conduct of the appellant in this case was negligent, absolving the city of some of its liability for its insufficient inspection. The appellant's conduct may even have been such as to justify absolving the city of all liability for its negligence.

vois aucune erreur dans les conclusions du juge de première instance à cet égard. La conclusion de l'inspecteur selon laquelle les étais respectaient les spécifications de profondeur et de largeur prévues au plan reposait, d'une part, sur les assurances données à cet égard par un entrepreneur qui avait déjà démontré qu'il faisait peu de cas des exigences du permis de construction, et, d'autre part, sur des épreuves indiquant que d'autres portions des travaux de reprise en sous-œuvre satisfaisaient aux normes. Étant donné la nature des travaux, il n'était pas raisonnable de conclure que la largeur et la profondeur des étais étaient conformes aux exigences du code du bâtiment sans inspecter de façon concrète cet aspect des travaux.

Le juge de première instance a appliqué les bons principes pour déterminer que l'inspecteur n'avait pas effectué une inspection raisonnable dans les circonstances. Il a reconnu que, dans les circonstances, eu égard particulièrement à l'importance des travaux de reprise en sous-œuvre du point de vue de la sécurité structurale de la maison, une plus grande vigilance dans l'inspection s'imposait. La Loi habilitait l'inspecteur à effectuer une telle inspection. En n'exerçant pas ces pouvoirs afin de s'assurer que les étais étaient conformes aux spécifications prévues par le plan, l'inspecteur n'a pas appliqué la norme de diligence attendue d'un inspecteur ordinaire, raisonnable et prudent dans les circonstances. Je souscris donc à la conclusion du juge Conant que la municipalité a inspecté de façon négligente les travaux de rénovation effectués au domicile de l'appellant.

C. *Le propriétaire constructeur négligent*

Ayant jugé, d'une part, que la ville avait envers l'appellant l'obligation d'effectuer une inspection raisonnable, et, d'autre part, que l'inspecteur n'a pas fait une inspection raisonnable dans les circonstances, je dois maintenant me demander si l'appellant a eu, en l'espèce, une conduite négligente, qui aurait pour effet de dégager en partie la ville de la responsabilité découlant de son inspection insuffisante. La conduite de l'appellant pourrait même avoir été telle qu'elle justifierait d'exonérer la ville de toute responsabilité pour sa négligence.

Mr. Ingles had specified in his contract that Tutkaluk was to apply for a building permit. Tutkaluk told him that the work would be delayed if it had to obtain a building permit before it began. The trial judge found that the appellant knew or should have known what he was doing in agreeing to a delay in obtaining a building permit, and found that he was negligent in allowing the construction to begin without a permit. On the other hand, the trial judge also found that it was impossible to conclude that the appellant and his wife participated in a conscious effort to prevent the building inspector from examining the underpinnings of their home. The Court of Appeal found that the appellant and his wife were "sadly mistaken" in relying on Tutkaluk's advice that it was appropriate to proceed with the underpinning without a permit. It is clear that the appellant was negligent. That negligence may reduce, in part, the city's liability. However, for the city to avail itself of the complete defence described in *Rothfield v. Manolakos, supra*, it must show that the appellant's conduct was such as to make him the sole source of his own loss.

As I have discussed above, the defence described in *Rothfield v. Manolakos* applies only in the narrowest circumstances. To avail itself of the defence, the municipality must show that the owner-builders knowingly flouted the applicable building regulations or the directives of the building inspector, or that the owner-builders totally failed to acquit themselves of the responsibilities that rested on them, such that the inspector was no longer in a position to take reasonable measures to ensure that the construction was done in accordance with the applicable standards. In delineating the type of conduct which might be considered "flouting" of the building regulations, or a total failure to meet the requirements of the legislative scheme on the part of the owner, it is important to consider the fact that the defence absolves municipalities of all liability. As a result it serves as a complete bar to recovery for certain plaintiffs. The scope of the defence must be consistent with the

Dans son contrat avec Tutkaluk, M. Ingles avait stipulé que l'entrepreneur devait demander un permis de construction. Celui-ci lui a dit que les travaux seraient retardés s'il lui fallait se procurer le permis avant de les commencer. Le juge de première instance a estimé que l'appelant savait ou aurait dû savoir ce qu'il faisait en acceptant de retarder l'obtention du permis et qu'il avait fait montre de négligence en permettant que les travaux commencent sans le permis requis. Il a toutefois jugé qu'il était impossible de conclure que l'appelant et sa femme avaient participé à une tentative délibérée en vue d'empêcher l'inspecteur en bâtiment d'examiner les étais installés sous leur maison. La Cour d'appel a jugé que l'appelant et sa femme avaient commis une [TRADUCTION] «erreur malheureuse» en se fiant à l'opinion de Tutkaluk que les travaux de reprise en sous-œuvre pouvaient fort bien être entrepris sans permis. Il est évident que l'appelant a été négligent. Sa négligence pourrait avoir pour effet de réduire en partie la responsabilité de la ville. Toutefois, pour que celle-ci puisse invoquer le moyen de défense complet décrit dans *Rothfield c. Manolakos*, précité, elle doit prouver que la conduite de l'appelant a été telle qu'elle le rendait seul responsable de sa perte.

Comme je l'ai expliqué plus tôt, le moyen de défense décrit dans l'arrêt *Rothfield c. Manolakos* ne s'applique que dans des circonstances très restreintes. Pour s'en prévaloir, les municipalités doivent démontrer soit que les propriétaires constructeurs ont fait fi sciemment des règlements applicables en matière de construction ou des directives de l'inspecteur en bâtiment, soit qu'ils ne se sont aucunement acquittés des obligations qui leur incombaient, de telle sorte que l'inspecteur n'était plus en mesure de prendre des mesures raisonnables pour s'assurer que les travaux de construction étaient exécutés conformément aux normes applicables. Pour déterminer quel type de conduite pourrait être qualifié de «mépris» des règlements de construction ou d'inobservation totale des exigences du régime établi par la loi de la part du propriétaire, il importe de tenir compte du fait que ce moyen de défense dégage les municipalités de toute responsabilité et que, par consé-

purposes of a system of tort law, and with tort law principles themselves.

quent, elle empêche complètement certains demandeurs d'avoir droit à l'indemnisation. La portée de ce moyen de défense doit donc être compatible avec les objets du droit de la responsabilité civile délictuelle ainsi qu'avec les principes mêmes de ce domaine de droit.

51

The contributory negligence bar, where a plaintiff was denied any means of recovery once he or she was seen to have contributed to his or her own loss, is no longer a part of our system of tort law. It has been replaced by statutory schemes which apportion liability between negligent defendants and contributorily negligent plaintiffs. This Court recently reaffirmed its disapproval of the bar in *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. In the course of determining whether the contributory negligence bar could still apply in maritime law, McLachlin J. states (at para. 94):

La fin de non-recevoir fondée sur la négligence contributive, qui privait le demandeur de toute possibilité d'indemnisation dès lors qu'il était considéré comme ayant contribué à sa perte, ne fait plus partie de notre droit de la responsabilité civile délictuelle. Notre Cour a récemment eu l'occasion, dans l'arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210, de réitérer sa désapprobation à l'égard de cette fin de non-recevoir. Dans son examen de la question de savoir si ce principe s'appliquait encore en droit maritime, le juge McLachlin a dit ceci (au par. 94):

The considerations on which the contributory negligence bar was based no longer comport with the modern view of fairness and justice. Tort law no longer accepts the traditional theory underpinning the contributory negligence bar — that the injured party cannot prove that the tortfeasor “caused” the damage. The contributory negligence bar results in manifest unfairness, particularly where the negligence of the injured party is slight in comparison with the negligence of others. Nor does the contributory negligence bar further the goal of modern tort law of encouraging care and vigilance. So long as an injured party can be shown to be marginally at fault, a tortfeasor's conduct, no matter how egregious, goes unpunished.

Les considérations servant de fondement à la fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive ne sont plus compatibles avec la conception moderne de l'équité et de la justice. Le droit de la responsabilité délictuelle n'accepte plus la doctrine traditionnelle qui sous-tend cette fin de non-recevoir — savoir que la partie lésée est incapable de prouver que l'auteur du délit «a causé» le dommage. La fin de non-recevoir tirée de la négligence contributive est source d'injustice manifeste, particulièrement lorsque la négligence de la partie lésée est légère en comparaison de celle d'autrui. Cette fin de non-recevoir ne sert pas non plus l'objectif du droit moderne de la responsabilité délictuelle qui consiste à favoriser la diligence et la vigilance. Tant qu'il est possible d'établir que la partie lésée est marginalement fautive, la conduite de l'auteur d'un délit, si odieuse soit-elle, reste impunie.

In light of this Court's approach to the contributory negligence bar, a municipality cannot avail itself of the defence set out in *Rothfield v. Manolacos*, *supra*, simply because a plaintiff acted negligently. To allow the municipality to do so would amount to a reintroduction of the contributory negligence bar into the sphere of municipal inspection. It would be inconsistent with the modern goal of tort law of encouraging care and vigilance to absolve a municipality of all liability for a negligent inspection simply because its inspectors were contacted late. Municipalities, having made a

À la lumière de l'approche appliquée par notre Cour à l'égard de la fin de non-recevoir fondée sur la négligence contributive, les municipalités ne peuvent invoquer le moyen de défense établi dans l'arrêt *Rothfield c. Manolacos*, précité, du seul fait qu'un demandeur a agi avec négligence. Les autoriser à le faire équivaldrait à réintroduire cette fin de non-recevoir dans le domaine de l'inspection municipale. Le fait d'exonérer une municipalité de toute responsabilité à l'égard d'une inspection négligente du seul fait que ses inspecteurs ont été avisés tardivement serait incompatible avec

policy decision to inspect even when a permit is obtained late, would be able to conduct unreasonable inspections, while being assured that there would be no financial sanction for doing so. As I have stated above, the contributory negligence of a plaintiff may still be relevant to the apportionment of liability. In *Bow Valley v. Saint John Shipbuilding*, *supra*, McLachlin J. reduced the plaintiff's recovery by 60 percent due to its negligence. In the case at bar, the liability will also be apportioned in accordance with the appellant's negligence. In the rarest of circumstances, such as those described in *Rothfield v. Manolakos*, a defendant may be absolved of all liability because it is shown that the owner-builder is entirely responsible for the damage and did not rely on the inspection.

The concept of "flouting", therefore, must denote conduct which extends far beyond mere negligence on the part of an owner-builder. The word suggests that the owner-builder in fact mocks the inspection scheme. Certainly, an owner-builder who submitted false plans and documents to receive a permit would be mocking the scheme. Similarly, an owner-builder who never contacted an inspector to conduct an inspection would show a lack of respect for the inspection scheme and certainly no reliance on it. However, in this case the appellant did not act in these ways. He certainly acted negligently. The trial judge, however, found that he did not participate in a conscious effort to undermine the building code regime. In my view, such conduct does not amount to a "flouting" of the building code. As a result, I find that the Court

l'objectif du droit moderne de la responsabilité qui consiste à favoriser la diligence et la vigilance. Les municipalités qui, après avoir pris la décision de politique générale d'effectuer des inspections, même lorsque le permis est obtenu tardivement, seraient assurées de n'encourir aucune sanction pécuniaire même si elles faisaient des inspections déraisonnables. Comme je l'ai dit précédemment, la négligence contributive du demandeur peut encore constituer un facteur pertinent pour le partage de la responsabilité. Dans *Bow Valley c. Saint John Shipbuilding*, précité, le juge McLachlin a réduit de 60 pour 100 l'indemnité accordée à la demanderesse pour tenir compte de sa négligence. En l'espèce, la responsabilité sera aussi partagée en tenant compte de la négligence de l'appellant. Dans des cas très rares, tels ceux décrits dans *Rothfield c. Manolakos*, un défendeur peut être dégagé de toute responsabilité s'il est démontré que le propriétaire constructeur est entièrement responsable des dommages et qu'il ne comptait pas sur l'inspection.

La notion de «mépris» évoque donc, de la part du propriétaire constructeur, une conduite qui va bien au-delà de la simple négligence. Pour que la conduite du propriétaire constructeur soit assimilée à du «mépris», elle doit aller bien au-delà de la simple négligence. Cette notion suggère que, dans les faits, le propriétaire constructeur se moque du régime d'inspection. Il ne fait pas de doute qu'un propriétaire constructeur qui soumettrait de faux plans et de faux documents à l'appui d'une demande de permis se moquerait du régime. De même, le propriétaire constructeur qui n'aurait jamais communiqué avec un inspecteur pour demander la tenue d'une inspection aurait témoigné son mépris du régime d'inspection et démontré qu'il ne comptait certainement pas sur les inspections. En l'espèce, toutefois, l'appellant ne s'est pas conduit de la sorte. Il a certes fait montre de négligence. Cependant, le juge de première instance a estimé qu'il n'avait pas participé à une tentative délibérée en vue de miner le régime prévu par le code du bâtiment. Je suis d'avis que sa conduite ne peut être qualifiée de «mépris» du code du bâtiment. Par conséquent, j'estime que la Cour

of Appeal erred in absolving the city of all liability.

D. Damages

53

The appellant contends that this Court does not have the jurisdiction to review the trial judge's award of damages in this case because the respondent city did not apply for leave to cross-appeal pursuant to Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74. The relevant provisions of Rule 29 provide as follows:

29. (1) A respondent who seeks to set aside or vary the whole or any part of the disposition of the judgment appealed from shall apply for leave to cross-appeal within 30 clear days after the service of the application for leave.

(3) A respondent who seeks to uphold the judgment on a ground or grounds not raised in the reasons for the judgment appealed from may do so in the respondent's factum without applying for leave to cross-appeal, and the appellant may serve and file a factum in reply in accordance with Rule 41.

The appellant argues that since the city's arguments with respect to apportionment, damages, and joint and several liability do not seek to uphold the Court of Appeal judgment on a ground not raised in the reasons for judgment, the city must apply for leave to cross-appeal pursuant to Rule 29(1).

54

The Court of Appeal did not find that the city was negligent in this case, and as such, did not comment upon the apportionment of the damages by the trial judge. In asking this Court to review the trial judge's apportionment of fault in this case, the city is not seeking to set aside or vary any part of the Court of Appeal judgment. In addition, the city is not seeking to uphold the judgment on a ground or grounds not raised in the reasons for

d'appel a fait erreur en dégageant la ville de toute responsabilité.

D. Les dommages-intérêts

L'appelant affirme que notre Cour n'a pas compétence pour contrôler la décision du juge de première instance quant aux dommages-intérêts, étant donné que la ville intimée n'a pas demandé l'autorisation de déposer un appel incident prévue à l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74. Voici le texte des dispositions pertinentes de cette règle:

29. (1) L'intimé qui cherche à faire infirmer ou modifier en tout ou en partie le dispositif du jugement du tribunal de juridiction inférieure doit déposer une demande d'autorisation d'appel incident au plus tard dans 30 jours francs après la signification de la demande d'autorisation, si une autorisation d'appel est requise, ou au plus tard dans 30 jours francs après la signification de l'avis d'appel dans tous les autres cas.

(3) L'intimé qui cherche à faire confirmer le jugement du tribunal de juridiction inférieure pour des motifs différents de ceux invoqués dans ce jugement peut, sans déposer de demande d'autorisation d'appel incident, le faire dans son mémoire et l'appelant peut, en réponse, signifier et déposer un mémoire conformément à l'article 41.

L'appelant fait valoir que, comme les arguments avancés par la ville relativement au partage de la responsabilité, aux dommages-intérêts et à la responsabilité solidaire ne tendent pas à la confirmation du jugement de la Cour d'appel pour des motifs différents de ceux qu'a invoqués la ville, cette dernière doit, conformément au par. 29(1), demander l'autorisation de déposer un appel incident.

Puisque la Cour d'appel n'a pas conclu à la négligence de la municipalité en l'espèce, elle n'a pas commenté le partage de la responsabilité établi par le juge de première instance. En demandant à notre Cour de contrôler le partage de la responsabilité fait par le juge de première instance en l'espèce, la ville ne demande pas l'infirmité ou la modification de quelque partie que ce soit du jugement de la Cour d'appel. Elle ne demande pas non

judgment. The city is merely responding to the appellant's position that the appellant's negligence is properly considered in the apportionment of fault, and not in the determination of whether a duty of care was owed by the municipality. Therefore, I find that the city's arguments do not fall within Rule 29 and that this Court has the jurisdiction to review the apportionment of fault by the trial judge.

The trial judge found that Tutkaluk was 80 percent liable for the damage suffered by the appellant. The city was 20 percent liable for its negligent inspection. He then turned to the appellant's negligence. Having found that the appellant should bear some of the responsibility for his loss, the trial judge reduced the city's liability by 30 percent to account for the appellant's negligence. It appears that the trial judge took this approach to ensure that Tutkaluk would not benefit from the finding of negligence against the appellant, by having his damages reduced in proportion to the appellant's fault. With respect, this initial apportionment is not consistent with the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1. Sections 1 and 3 of that Act read as follows:

1. Where damages have been caused or contributed to by the fault or neglect of two or more persons, the court shall determine the degree in which each of such persons is at fault or negligent, and, where two or more persons are found at fault or negligent, they are jointly and severally liable to the person suffering loss or damage for such fault or negligence, but as between themselves, in the absence of any contract express or implied, each is liable to make contribution and indemnify each other in the degree in which they are respectively found to be at fault or negligent.

3. In any action for damages that is founded upon the fault or negligence of the defendant if fault or negligence is found on the part of the plaintiff that contributed to the damages, the court shall apportion the damages in proportion to the degree of fault or negligence found against the parties respectively.

plus la confirmation de ce jugement pour des motifs différents de ceux exposés dans celui-ci. Elle ne fait que répondre à l'argument de l'appellant selon lequel c'est dans le cadre du partage de la responsabilité que le tribunal doit statuer sur la négligence de l'appelant et non lorsqu'il détermine s'il existe ou non une obligation de diligence de la part de la municipalité. Par conséquent, j'estime que les arguments de la ville ne sont pas visés par l'art. 29 et que notre Cour a compétence pour examiner le partage de la responsabilité établi par le juge de première instance.

Le juge de première instance a estimé que Tutkaluk était responsable à 80 pour 100 du préjudice subi par l'appelant et que, en raison de son inspection négligente, la municipalité était responsable dans une proportion de 20 pour 100. Ayant conclu que l'appelant devait, en raison de sa négligence, assumer une part de responsabilité dans la perte qu'il avait subie, le juge de première instance a réduit la responsabilité de la municipalité de 30 pour 100. Il semble que le juge ait agi de la sorte pour éviter que la conclusion de négligence prononcée à l'endroit de l'appelant ne profite à Tutkaluk en ayant pour effet de réduire, en proportion de la responsabilité de l'appelant, les dommages-intérêts dont Tutkaluk lui serait redevable. En toute déférence, ce partage initial n'est pas conforme à la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, ch. N.1. Voici le texte des art. 1 et 3 de cette loi:

1 Si deux ou plusieurs personnes ont, par leur faute ou par leur négligence, causé des dommages ou contribué à en causer, le tribunal détermine leurs parts respectives de responsabilité. Les personnes dont le tribunal a constaté la faute ou la négligence sont solidairement responsables envers la personne qui a subi la perte ou le dommage; en ce qui concerne leur responsabilité mutuelle, à défaut de contrat entre elles, même implicite, chaque personne est tenue de verser une contribution aux autres et de les indemniser selon la part de responsabilité que le tribunal lui a attribuée.

3 Dans une action en dommages-intérêts qui se fonde sur la faute ou la négligence du défendeur, si le tribunal constate qu'il y a eu, de la part du demandeur, faute ou négligence qui a contribué aux dommages, le tribunal répartit les dommages-intérêts selon la part respective de responsabilité de chaque partie.

When there are two or more tortfeasors, and a plaintiff has also been found negligent, the proper approach to apportionment is to first reduce the extent of the recoverable damages in proportion with the plaintiff's negligence, and then to apportion the remaining damages between the defendants, in accordance with their fault; see, for example, *Fitzgerald v. Lane*, [1988] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Bow Valley v. Saint John Shipbuilding, supra*; *Colonial Coach Lines Ltd. v. Bennett*, [1968] 1 O.R. 333.

Lorsqu'un préjudice est causé par plus d'une personne et que le demandeur a lui aussi été jugé négligent, la bonne façon de répartir la responsabilité à l'égard des dommages-intérêts consiste à réduire d'abord la montant des dommages-intérêts recouvrables en proportion de la négligence du demandeur, puis à répartir les dommages-intérêts restants entre les défendeurs en fonction de leur part de responsabilité; voir, par exemple, *Fitzgerald c. Lane*, [1988] 2 All E.R. 961 (H.L.); *Bow Valley c. Saint John Shipbuilding*, précité; *Colonial Coach Lines Ltd. c. Bennett*, [1968] 1 O.R. 333.

56 In his subsequent addendum, however, the trial judge clarified that his intention was to apportion fault so that the appellant would be 6 percent liable, the city would be 14 percent liable and Tutkaluk would be 80 percent liable. In assessing the damages, he corrected his previous error, and subtracted the portion of the damages that could be attributed to the plaintiff in accordance with his findings of fault.

Dans son addenda subséquent, le juge a toutefois précisé que son intention était de répartir la responsabilité dans les proportions suivantes: l'appelant 6 pour 100, la municipalité 14 pour 100 et Tutkaluk 80 pour 100. Dans l'évaluation des dommages, il a corrigé l'erreur qu'il avait commise auparavant et a soustrait la fraction des dommages attribuable au demandeur conformément à ses conclusions relativement à la responsabilité.

57 The city has asked this Court to overturn the trial judge's apportionment of fault in this case. It argues that his apportionment is inconsistent with other apportionments in similar situations; see, for example, *Rothfield v. Manolacos, supra*, at p. 1278. The apportionment of liability is primarily a matter within the province of the trial judge. Appellate courts should not interfere with the trial judge's apportionment unless there is demonstrable error in the trial judge's appreciation of the facts or applicable legal principles; see *Bow Valley v. Saint John Shipbuilding, supra*, at para. 78. While the trial judge applied an unorthodox method of apportionment in his original judgment, his subsequent addendum clearly shows his intention to apportion fault between the plaintiff and the defendants as follows: 6 percent to the appellant; 14 percent to the city; and 80 percent to the contractor. The trial judge was well apprised of all of the facts in the case, and based his final apportionment on these facts. In my view, there is no demonstrable error in the trial judge's appreciation

La ville a demandé à notre Cour d'infirmer la décision du juge de première instance quant au partage de la responsabilité en l'espèce, plaidant que ce partage est incompatible avec ceux effectués par d'autres tribunaux dans des situations analogues; voir, par exemple, *Rothfield c. Manolacos*, précité, à la p. 1278. Le partage de la responsabilité est une question qui relève au premier chef du juge de première instance, et les tribunaux d'appel ne devraient intervenir que si ce dernier a commis une erreur démontrable dans l'appréciation des faits ou des principes juridiques applicables; voir *Bow Valley c. Saint John Shipbuilding*, précité, au par. 78. Bien que le juge ait appliqué une méthode de partage peu orthodoxe dans son jugement initial, il ressort clairement de son addenda subséquent qu'il entendait partager la responsabilité entre le demandeur et les défenderesses dans les proportions suivantes: l'appelant 6 pour 100, la municipalité 14 pour 100 et l'entrepreneur 80 pour 100. Le juge de première instance était familier avec les faits de l'espèce, et il a fondé son partage définitif sur ces faits. Je suis d'avis qu'il n'a commis aucune erreur démontrable dans l'appréciation

of the facts in this case to justify interfering with his apportionment.

The city also argues that it should not be held to be jointly and severally liable with the contractor and that it should be liable only for its portion of the fault. To support this contention, the city relies on authorities from British Columbia that have held that where the plaintiff is contributorily negligent, multiple tortfeasors will only be liable to the extent of their fault; see, for example, *Leischner v. West Kootenay Power & Light Co.* (1986), 24 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.). I do not find these authorities to be applicable in this case. The legislation in British Columbia differs significantly from the legislation in Ontario. Section 2(c) of the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298, reads as follows:

... as between each person who has sustained damage or loss and each other person who is liable to make good the damage or loss, the person sustaining the damage or loss shall be entitled to recover from that other person the percentage of the damage or loss sustained as corresponds to the degree of fault of that other person. [Emphasis added.]

Therefore, it is possible to read the British Columbia legislation as allowing contributorily negligent plaintiffs to recover only the percentage of the damage sustained that corresponds to the degree of fault of each of the individual tortfeasors.

The Ontario legislation has been interpreted differently, and joint and several judgments have been awarded to contributorily negligent plaintiffs; see *Menow v. Honsberger Ltd.*, [1970] 1 O.R. 54 (H.C.), aff'd [1971] 1 O.R. 129 (C.A.), aff'd on other grounds, [1974] S.C.R. 239 (*sub nom. Jordan House Ltd. v. Menow*). Similarly, in *Bow Valley v. Saint John Shipbuilding*, *supra*, this Court ruled that defendants would be jointly and severally liable for a negligent plaintiff's damages in the context of the *Canada Shipping Act*, R.S.C., 1985, c. S-9. The purpose of a regime which imposes joint

des faits qui justifierait de modifier sa décision quant au partage de la responsabilité.

La municipalité plaide également qu'elle ne devrait pas être déclarée solidairement responsable des dommages-intérêts avec l'entrepreneur et qu'elle ne devrait être tenue que de la part de la responsabilité qui lui incombe. Au soutien de cette prétention, elle invoque des décisions émanant de la Colombie-Britannique dans lesquelles il a été jugé que, en cas de négligence contributive du demandeur, les différents coauteurs des dommages ne sont tenus au paiement des dommages-intérêts qu'en fonction de la part de responsabilité qui leur est attribuable; voir, par exemple, *Leischner c. West Kootenay Power & Light Co.* (1986), 24 D.L.R. (4th) 641 (C.A.C.-B.). Je suis d'avis que ces décisions ne s'appliquent pas en l'espèce. Le texte de loi pertinent de la Colombie-Britannique diffère considérablement de celui de l'Ontario. L'alinéa 2c) de la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298, est rédigé en partie ainsi:

[TRADUCTION] ... la personne qui a subi un préjudice ou une perte a le droit de recouvrer des personnes tenues à l'indemnisation le pourcentage des dommages-intérêts qui correspond à leur part de responsabilité respective. [Je souligne.]

Il est donc possible de considérer que la loi de la Colombie-Britannique ne permet aux demandeurs coupables de négligence contributive de recouvrer des différents coauteurs du délit que le pourcentage des dommages-intérêts qui correspond à leur part de responsabilité.

La loi ontarienne a été interprétée différemment, et des jugements condamnant solidairement des codéfendeurs ont été prononcés en faveur de demandeurs coupables de négligence contributive; voir *Menow c. Honsberger Ltd.*, [1970] 1 O.R. 54 (H.C.), confirmé par [1971] 1 O.R. 129 (C.A.), et confirmé pour d'autres motifs, [1974] R.C.S. 239 (*sub nom. Jordan House Ltd. c. Menow*). De même, dans *Bow Valley c. Saint John Shipbuilding*, précité, notre Cour a déclaré les défenderesses solidairement responsables des dommages-intérêts accordés à une demanderesse ayant fait montre de

and several liability on multiple defendants is to ensure that plaintiffs receive actual compensation for their loss. Given the wording of the Ontario *Negligence Act*, I can see no reason to deny this benefit to a plaintiff who contributes to his or her loss. His or her responsibility for the loss is accounted for in the apportionment of fault. There is no reason to account for it again by denying him or her the benefit of a scheme of joint and several liability when the wording of the legislation does not intend it to be so.

60

In light of the foregoing analysis, I would allow the appeal and restore the apportionment of fault by the trial judge. As a result, the damages of \$52,520 will be reduced by \$3,151.20, representing 6 percent of the damages, to account for the appellant's negligence. I would thus restore the judgment of \$49,368.80 against both the city and the contractor. The city is entitled to have judgment for indemnity against the contractor for \$42,016.

61

I turn now to the prejudgment interest that was awarded by the trial judge. The trial judge awarded prejudgment interest at the rate of 12.9 percent. The city has asked this Court to review that award to account for the fluctuations in the market interest rates that occurred between the date that the action was commenced and the date of judgment. The *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 130, grants trial judges the discretion to award prejudgment interest at a different rate than the prescribed interest rate to account for changes in market interest rates. The trial judge did not find that this was an appropriate case to lower the prejudgment interest rate from the one prescribed. He did not find that he was prevented from adjusting the interest rate, but simply chose not to do so. I find no reason to interfere with the trial judge's exercise of his discretion on this matter.

négligence, dans une action fondée sur la *Loi sur la marine marchande du Canada*, L.R.C. (1985), ch. S-9. L'application d'un régime de responsabilité solidaire des codéfendeurs vise à faire en sorte que les demandeurs soient concrètement indemnisés de leur perte. Compte tenu du texte de la *Loi sur le partage de la responsabilité* de l'Ontario, je ne vois aucune raison de refuser cet avantage à un demandeur qui a contribué à sa perte. Sa part de responsabilité est prise en compte dans le partage de la faute. Rien ne justifie d'en tenir compte une autre fois en le privant du bénéfice de l'application du régime de solidarité lorsque cette intention ne ressort pas du texte de loi.

Vu l'analyse qui précède, j'accueillerais le pourvoi et je rétablirais le partage de la responsabilité établi par le juge de première instance. En conséquence, les dommages-intérêts de 52 520 \$ seront réduits de 3 151,20 \$, c'est-à-dire de 6 pour 100, pour tenir compte de la négligence de l'appelant. Je rétablirais donc le jugement condamnant la ville et l'entrepreneur au paiement de la somme de 49 368,80 \$. Jugement est prononcé en faveur de la ville condamnant l'entrepreneur à lui verser une indemnité de 42 016 \$.

J'aborde maintenant la question des intérêts avant jugement, que le juge de première instance a accordés au taux de 12,9 pour 100. La municipalité a demandé à notre Cour d'examiner cette partie du jugement pour tenir compte de la fluctuation des taux d'intérêt du marché entre la date de l'introduction de l'action et la date du jugement. L'article 130 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, confère aux juges de première instance le pouvoir discrétionnaire d'accorder les intérêts avant jugement à un taux différent du taux d'intérêt prescrit pour tenir compte de la fluctuation des taux du marché. Le juge de première instance n'a pas considéré qu'il y avait lieu, en l'espèce, d'accorder les intérêts avant jugement à un taux inférieur à celui prescrit. Il n'a pas jugé qu'il n'était pas habilité à ajuster le taux d'intérêt, il a tout simplement choisi de ne pas le faire. Je ne vois aucune raison d'intervenir à l'égard de l'exercice, par le juge de première instance, de son pouvoir discrétionnaire sur cette question.

I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the decision of the trial judge, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Philip Anisman, Toronto.

Solicitor for the respondent: City Solicitor, Toronto.

Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais la décision du juge de première instance, avec dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: Philip Anisman, Toronto.

Procureur de l'intimée: City Solicitor, Toronto.

City of Nanaimo *Appellant*

v.

Rascal Trucking Ltd. *Respondent*

INDEXED AS: NANAIMO (CITY) v. RASCAL TRUCKING LTD.

Neutral citation: 2000 SCC 13.

File No.: 26786.

1999: November 3; 2000: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Municipal law — Powers of municipalities — Municipal resolutions — Validity — Nuisances — Removal of dangerous erections — Meaning of phrase “or other matter or thing” — Whether municipality had jurisdiction under Municipal Act to pass resolutions declaring pile of soil a nuisance and ordering its removal — Standard of review applicable to municipality’s decisions — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 936.

Municipal law — Decisions of municipalities — Standard of review applicable to municipality’s decisions.

The respondent company leased a parcel of land located within the appellant city. The city granted a permit to the company to deposit 15,000 cubic yards of soil on its site to conduct soil processing operations. Neighbouring residents complained about dust and noise emissions and a city inspector recommended that the soil be removed. The city council passed resolutions declaring the pile of soil a nuisance pursuant to s. 936 of the *Municipal Act* and ordered the company and its lessor to remove it. The company and its lessor failed to comply. The city brought a petition for a declaration that it was entitled to access the property and remove the pile of soil. The petition was granted. The company and its lessor unsuccessfully brought a second petition requesting that the resolutions be quashed. The Court of Appeal allowed the company’s appeal and quashed both resolutions and both court orders.

Held: The appeal should be allowed.

Ville de Nanaimo *Appelante*

c.

Rascal Trucking Ltd. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: NANAIMO (VILLE) c. RASCAL TRUCKING LTD.

Référence neutre: 2000 CSC 13.

N° du greffe: 26786.

1999: 3 novembre; 2000: 2 mars.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit municipal — Pouvoirs des municipalités — Résolutions municipales — Validité — Nuisances — Enlèvement de constructions dangereuses — Sens de l’expression «ou toute autre chose» — La Municipal Act confère-t-elle à la municipalité le pouvoir de voter des résolutions déclarant un tas de terre une nuisance et ordonnant son enlèvement? — Norme de contrôle applicable aux décisions de la municipalité — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 936.

Droit municipal — Décisions des municipalités — Norme de contrôle applicable aux décisions de la municipalité.

La société intimée a loué une parcelle située dans la ville appelante. La ville lui a délivré un permis l'autorisant à déposer sur son emplacement 15 000 verges cubes de terre en vue d'y effectuer des opérations de traitement des sols. Des voisins se sont plaints au sujet de la poussière et du bruit et un inspecteur municipal a recommandé que le tas de terre soit enlevé. Le conseil municipal a voté des résolutions déclarant que le tas de terre constituait une nuisance visée par l'art. 936 de la *Municipal Act*, et ordonné à la société et à son bailleur de l'enlever. La société et son bailleur n'ont pas obtempéré. La ville a déposé une demande de jugement déclaratoire lui reconnaissant le droit d'accès au terrain et d'enlèvement du tas de terre. La Cour a fait droit à sa demande. La société et son bailleur ont été déboutés d'une seconde demande, en annulation des résolutions. La Cour d'appel a accueilli l'appel de la société et annulé les deux résolutions et les deux ordonnances judiciaires.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Section 936 of the *Municipal Act* empowered the city to issue resolutions declaring the company's pile of soil a nuisance and ordering its removal. The process of delineating municipal jurisdiction is an exercise in statutory construction. A statute must be construed purposively in its entire context and in light of the scheme of the Act as a whole with a view to ascertaining the legislature's true intent. The legislature, by including the phrase "or other matter or thing", did not intend to expand the scope of s. 936 to allow municipalities to declare almost anything to be a nuisance. Rather the phrase serves to extend the two classes of nuisance outlined in the section — that is, constructed or erected things, and watercourses. This interpretation follows from both a purposive interpretation and the application of the *ejusdem generis* limited class rule. A pile of soil falls within the phrase "building, structure or erection of any kind" since it does not materialize on its own, must at least be erected and clearly may be a "hazardous erection" either in the sense of reducing air quality through dust pollution, or by posing a serious risk to curious children.

The "pragmatic and functional" approach used to discern the standard of review applicable to an administrative tribunal can be harmoniously applied to a municipality's adjudicative functions as both bodies are delegates of provincial jurisdiction. The decision in question was clearly adjudicative as it involved an adversarial hearing, the application of substantive rules to individual cases and a significant impact on the rights of the parties. The "pragmatic and functional" approach is a contextual one that must be adapted to the body in question. A consideration of the relevant factors in this case militates against a deferential standard on the question of jurisdiction. Section 936 requires the municipal council to apply principles of statutory interpretation in order to answer the legal question of the scope of its authority. On such questions, municipalities do not possess any greater institutional competence or expertise than the courts. The test on jurisdiction and questions of law is correctness. Further, the nature of municipal government and the extent of municipal expertise do not warrant a heightened degree of deference on review. First, municipalities exercise a plenary set of legislative and executive powers yet do not have an independent constitutional status. They essentially represent delegated government. Second, municipalities are political bodies. Neither experience nor proficiency in municipal law and municipal planning is required to be elected a

L'article 936 de la *Municipal Act* habilitait la ville à voter des résolutions déclarant que le tas de terre de la société était une nuisance et ordonnant son enlèvement. Pour statuer sur la question de la compétence des municipalités, les tribunaux recourent aux règles d'interprétation des lois. L'interprétation des lois doit être fondée sur l'objet en tenant compte de tout le contexte et de l'esprit de la loi dans son ensemble en vue de cerner l'intention véritable du législateur. En insérant l'expression «ou toute autre chose», le législateur n'avait pas l'intention d'élargir le champ d'application de l'art. 936 de manière à autoriser les municipalités à déclarer que quasiment n'importe quoi constitue une nuisance. L'expression élargit plutôt les deux catégories de nuisances décrites dans l'article, soit les constructions et les cours d'eau. Cette interprétation s'accorde tant avec une interprétation fondée sur l'objet qu'avec la règle *ejusdem generis*. Un tas de terre est visé par l'expression «tout bâtiment ou construction de quelque nature que ce soit» puisqu'il ne se fait pas tout seul, qu'il représente à tout le moins une construction et qu'il peut clairement être une «construction dangereuse» soit du fait qu'il diminue la qualité de l'air par la poussière en suspension, soit du fait qu'il constitue un grave danger pour les enfants curieux.

La démarche «pragmatique et fonctionnelle» utilisée pour déterminer quelle est la norme de contrôle applicable aux tribunaux administratifs peut s'appliquer de façon appropriée aux fonctions juridictionnelles d'une municipalité puisqu'il s'agit dans les deux cas de délégués du gouvernement provincial. Il est clair que la décision en question était de nature juridictionnelle puisqu'elle comportait une audience contradictoire ainsi que l'application de règles de fond à des cas particuliers et qu'elle avait des répercussions importantes sur les droits des parties. La démarche «pragmatique et fonctionnelle» est contextuelle et elle doit être adaptée à l'organisme en question. La prise en compte des facteurs pertinents en l'espèce milite contre l'application du principe de la retenue judiciaire quand il s'agit d'une question de compétence. Le conseil municipal doit, en application de l'art. 936, appliquer des principes d'interprétation des lois pour répondre à la question de droit touchant l'étendue de son pouvoir. Sur de telles questions, les municipalités ne sont pas dotées d'une compétence ou d'une expertise institutionnelles plus grandes que celles des tribunaux. Le critère à appliquer quand il s'agit de questions de compétence et de questions de droit est celui de la décision correcte. De plus, la nature du gouvernement municipal et l'étendue de l'expertise de la municipalité ne justifient pas un degré plus élevé de retenue de la part du tribunal d'examen. Premièrement, les municipalités

councillor. Finally, council decisions are more often by-products of the local political milieu than a considered attempt to follow legal or institutional precedent and are necessarily motivated by political considerations and not by an entirely impartial application of expertise. As a result, the courts may review those jurisdictional questions on a standard of correctness. Here, the city was correct in construing s. 936 as extending to it jurisdiction to issue resolutions declaring the company's pile of soil a nuisance and ordering its removal.

The standard upon which the courts may review *intra vires* municipal decisions must be one of patent unreasonableness. Municipal councils are elected representatives of their community and accountable to their constituents. Municipalities also often balance complex and divergent interests in arriving at decisions in the public interest. These considerations warrant that *intra vires* decisions be reviewed upon a deferential standard. Here, the city's decision to declare the company's pile of soil a nuisance was not patently unreasonable.

Cases Cited

Considered: *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; **referred to:** *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961; *2747-3174 Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91.

exercer un ensemble complet de pouvoirs législatifs et exécutifs, sans toutefois jouir d'un statut constitutionnel indépendant. Elles constituent essentiellement des gouvernements délégués. Deuxièmement, les municipalités sont des corps politiques. Nul n'est tenu de posséder une expérience ou une compétence en droit municipal et en planification municipale pour être élu conseiller. Enfin, les décisions des conseils sont plus souvent une manifestation du milieu politique local qu'une tentative réfléchie de suivre des précédents juridiques ou institutionnels et sont nécessairement le produit de facteurs politiques et non de l'application entièrement impartiale de l'expertise. Par conséquent, les tribunaux doivent examiner les questions en matière de compétence selon la norme de la décision correcte. En l'espèce, la ville a pris une décision correcte en interprétant l'art. 936 comme lui conférant la compétence pour adopter des résolutions déclarant que le tas de terre de la société était une nuisance et ordonnant son enlèvement.

La norme selon laquelle les tribunaux peuvent examiner les décisions prises par la municipalité dans les limites de sa compétence est celle du caractère manifestement déraisonnable. Les conseils municipaux sont composés de représentants élus de leur collectivité et sont responsables devant leurs commettants. Les municipalités doivent souvent soupeser des intérêts complexes et opposés pour arriver à des décisions conformes à l'intérêt public. Ces considérations justifient que l'on fasse preuve de retenue dans le cadre de l'examen des décisions prises par les municipalités dans les limites de leur compétence. En l'espèce, la décision de la ville de déclarer que le tas de terre de la société était une nuisance n'était pas manifestement déraisonnable.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; **arrêts mentionnés:** *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961; *2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 92(8), (16).
Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238, s. 8.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 873.
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, ss. 932, 936.
Municipal Act, R.S.B.C. 1996, c. 323, ss. 725, 727.
Municipal Government Act, S.A. 1994, c. M-26.1, s. 539.
Statute Revision Act, R.S.B.C. 1996, c. 440, s. 8.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 164, 109 B.C.A.C. 12, 177 W.A.C. 12, 161 D.L.R. (4th) 177, 47 M.P.L.R. (2d) 315, [1998] B.C.J. No. 1545 (QL), allowing the respondent's appeal from two orders permitting the appellant to remove top soil from respondent's property. Appeal allowed.

Guy E. McDannold, for the appellant.

Patrick G. Foy, Q.C., and *Angus M. Gunn*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — This appeal engages an interpretation of s. 936 of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290 (now R.S.B.C. 1996, c. 323, s. 727). As well, it raises the standard of judicial review applicable to municipal bodies, previously visited by this Court in *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231.

I. Factual Background

The respondent, Rascal Trucking Ltd. ("Rascal"), leased a parcel of land located within the City of Nanaimo ("Nanaimo" or the "City") from Kismet Enterprises Inc. ("Kismet"). In April 1996, Rascal applied for and received a permit from the appellant Nanaimo to deposit approximately 15,000 cubic yards of soil on its site with the intent to conduct soil processing operations, an activity permitted by the applicable zoning classification.

Lois et règlements cités

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 238, art. 8.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(8), (16).
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, ch. 255, art. 873.
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 932, 936.
Municipal Act, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 725, 727.
Municipal Government Act, S.A. 1994, ch. M-26.1, art. 539.
Statute Revision Act, R.S.B.C. 1996, ch. 440, art. 8.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 164, 109 B.C.A.C. 12, 177 W.A.C. 12, 161 D.L.R. (4th) 177, 47 M.P.L.R. (2d) 315, [1998] B.C.J. No. 1545 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimée contre deux ordonnances permettant à l'appelante d'enlever de la terre du bien-fonds de l'intimée. Pourvoi accueilli.

Guy E. McDannold, pour l'appelante.

Patrick G. Foy, c.r., et *Angus M. Gunn*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi concerne l'interprétation de l'art. 936 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290 (maintenant R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 727). Il porte aussi sur la norme de contrôle judiciaire applicable aux municipalités, question que notre Cour a étudiée dans *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231.

I. Le contexte factuel

L'intimée, Rascal Trucking Ltd. («Rascal»), a loué une parcelle située dans la ville de Nanaimo («Nanaimo» ou la «Ville») qui appartenait à Kismet Enterprises Inc. («Kismet»). En avril 1996, à la demande de Rascal, l'appelante, Nanaimo, lui a délivré un permis l'autorisant à déposer sur son emplacement environ 15 000 verges cubes de terre en vue d'y effectuer des opérations de traitement des sols en conformité avec le règlement de zonage applicable.

3 Shortly after Rascal started delivering soil to the site, neighbouring residents raised complaints about dust and noise emissions. A city inspector inspected the site and recommended that an order be issued compelling the owner to remove the pile of soil.

4 On July 3, 1996, Nanaimo held a public meeting where it heard from local residents and the respondent. It received a professional engineer's report analysing the noise emissions from the property, and an opinion from its legal counsel. The Nanaimo council deliberated and ultimately passed a resolution declaring the pile of soil a nuisance pursuant to s. 936 of the *Municipal Act*, and ordered Kismet to remove it within 30 days. It did not comply.

5 On August 19, 1996, Nanaimo passed a second resolution ordering the respondent to remove the topsoil within 15 days, in default of which it would be removed by the City at the respondent's or owner's cost. Neither the owner Kismet nor the respondent Rascal obeyed. On September 6, 1996, Rascal denied access for removal purposes to agents of the City.

6 These events precipitated two applications before the Supreme Court of British Columbia. Nanaimo brought the first, asking for a declaration that it was entitled to access the property and remove the offending pile of soil. Maczko J. granted the petition on the basis that Nanaimo had the jurisdiction both to declare the dirt pile a nuisance and order its removal.

7 Kismet and Rascal brought the second petition, requesting that the resolutions be quashed. Rowan J. dismissed the petition.

8 The British Columbia Court of Appeal allowed Rascal's appeal, set aside the orders and quashed the July 3rd and August 19th resolutions: (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 164.

Peu de temps après que Rascal eut commencé à transporter de la terre sur les lieux, des voisins ont porté plainte au sujet de la poussière et du bruit qui en émanait. Un inspecteur municipal a recommandé après enquête sur place qu'une ordonnance soit prise, contraignant la propriétaire à enlever le tas de terre.

Le 3 juillet 1996, Nanaimo a tenu une séance publique pour entendre les résidents touchés et l'intimée. Elle a reçu un rapport d'un ingénieur analysant l'émission du bruit sur ce terrain ainsi qu'un avis de son conseiller juridique. Après délibération, le conseil de Nanaimo a voté une résolution déclarant que le tas de terre constituait une nuisance visée par l'art. 936 de la *Municipal Act*, et ordonné à Kismet de l'enlever dans un délai de 30 jours. Cette dernière n'a pas obtempéré.

Le 19 août 1996, Nanaimo a adopté une seconde résolution ordonnant à l'intimée d'enlever la terre dans un délai de 15 jours, faute de quoi la municipalité allait la faire enlever aux frais de l'intimée ou de la propriétaire. Ni la propriétaire, Kismet, ni l'intimée, Rascal, n'ont obtempéré. Le 6 septembre 1996, Rascal a refusé aux représentants de la Ville l'accès aux fins de l'enlèvement.

Ces faits ont donné lieu à deux demandes devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Nanaimo a d'abord sollicité un jugement déclaratoire lui reconnaissant le droit d'accès au terrain et d'enlèvement du tas de terre. Le juge Maczko a fait droit à la demande pour le motif que Nanaimo avait la compétence tant pour déclarer que le tas de terre était une nuisance que pour ordonner son enlèvement.

Kismet et Rascal ont présenté la seconde demande, en annulation des résolutions. Le juge Rowan a rejeté cette demande.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel de Rascal et annulé les ordonnances ainsi que les résolutions du 3 juillet et du 19 août: (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 164.

II. Relevant Statutory Provisions*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290**Nuisances and disturbances****932.** The council may by bylaw

(b) prevent, abate and prohibit nuisances, and provide for the recovery of the cost of abatement of nuisances from the person causing the nuisance or other persons described in the bylaw;

(i) require the owners or occupiers of real property, or their agents, to eliminate or reduce the fouling or contaminating of the atmosphere through the emission of smoke, dust, gas, sparks, ash, soot, cinders, fumes or other effluvia; and prescribe measures and precautions to be taken for the purpose; and fix limits not to be exceeded for those emissions;

Removal of dangerous erections

936. (1) The council may declare a building, structure or erection of any kind, or a drain, ditch, watercourse, pond, surface water or other matter or thing, in or on private land or a highway, or in or about a building or structure, a nuisance, and may direct and order that it be removed, pulled down, filled up or otherwise dealt with by its owner, agent, lessee or occupier, as the council may determine and within the time after service of the order that may be named in it.

(3) The council may further order that, in case of default by the owner, agent, lessee or occupier to comply with the order within the period named in it, the municipality, by its employees and others, may enter and effect the removal, pulling down, filling up or other dealing at the expense of the person defaulting, and may further order that the charges for doing so, including all incidental expenses, if unpaid on December 31 in any

II. Les dispositions législatives pertinentes*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290

[TRADUCTION]

Nuisances et troubles de jouissance**932.** Le conseil peut, par règlement,

b) prévenir, supprimer et interdire les nuisances, et pourvoir au recouvrement du coût de la suppression contre la personne qui a causé une nuisance ou contre toute autre personne visée par le règlement;

(i) contraindre les propriétaires ou occupants d'immeubles, ou leurs mandataires, à supprimer ou réduire la pollution atmosphérique résultant de l'émission de fumée, de poussière, de gaz, d'étincelles, de cendre, de suie, d'escarbilles, de vapeurs ou d'autres effluves; prescrire des mesures et précautions à prendre à cette fin, et fixer les limites supérieures de ces émissions;

Enlèvement de constructions dangereuses

936. (1) Le conseil peut déclarer que tout bâtiment ou construction de quelque nature que ce soit, tout égout, fossé, cours d'eau, étang, eaux de surface ou toute autre chose, situé sur un terrain privé ou sur la voie publique, ou dans un bâtiment ou une construction ou à proximité, constitue une nuisance et il peut ordonner, entre autres mesures, l'enlèvement, la démolition ou le remplissage par le propriétaire ou son mandataire, ou par le locataire ou l'occupant, selon les modalités que le conseil estime indiquées et dans le délai, à compter de la signification de l'ordonnance, qui y est indiqué.

(3) Le conseil peut en outre ordonner qu'au cas où le propriétaire ou son mandataire, le locataire ou l'occupant n'obtempérerait pas à l'ordonnance dans le délai imparti, la municipalité pourra, par l'entremise de ses employés ou d'autres personnes, avoir accès aux lieux et procéder à l'enlèvement, à la démolition ou au remplissage ou prendre toute autre mesure aux frais de la personne en défaut et il peut en outre ordonner que les frais engagés à cet égard, y compris tous frais accessoires, non acquittés le 31 décembre, soient ajoutés aux impôts

year, shall be added to and form part of the taxes payable on that land or real property as taxes in arrear.

perçus sur ce terrain ou immeuble, à titre d'arriéré d'impôts.

(5) This section applies to any building, structure or erection of any kind which the council believes is so dilapidated or unclean as to be offensive to the community.

(5) Le présent article s'applique à tout bâtiment ou construction de quelque nature que ce soit que le conseil juge délabré ou insalubre au point d'offenser la collectivité.

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, c. 238

Interpretation Act, R.S.B.C. 1996, ch. 238

[TRANSDUCTION]

Enactment remedial

Solution de droit

8 Every enactment must be construed as being remedial, and must be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

8 Tout texte est censé apporter une solution de droit et s'interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Statute Revision Act, R.S.B.C. 1996, c. 440

Statute Revision Act, R.S.B.C. 1996, ch. 440

[TRANSDUCTION]

Legal effect of revision

Effet de la révision

8 (1) A revision does not operate as new law but has effect and must be interpreted as a consolidation of the law contained in the Acts and provisions replaced by the revision.

8 (1) Le nouveau texte n'est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte des règles de droit du texte antérieur.

(2) If a revised provision has the same effect as a provision replaced by the revision, the revised provision

(2) Si le nouveau texte a le même effet que le texte antérieur, le nouveau texte:

(a) operates retrospectively as well as prospectively, and

a) a un effet rétroactif et dispose pour l'avenir;

(b) is deemed to have been enacted and to have come into force on the day on which the provision replaced by the revision came into force.

b) est réputé avoir été édicté et être entré en vigueur à l'entrée en vigueur du texte antérieur.

(3) If a revised provision does not have the same effect as a provision replaced by the revision,

(3) Si le nouveau texte n'a pas le même effet que le texte antérieur,

(a) the provision replaced by the revision governs all transactions, matters and things before the revision comes into force, and

a) le texte antérieur régit tout ce qui est antérieur à l'entrée en vigueur du nouveau texte;

(b) the revised provision governs all transactions, matters and things after the revision comes into force.

b) le nouveau texte régit tout ce qui est postérieur à l'entrée en vigueur du nouveau texte.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court* (Maczko J.)

The issue before Maczko J. was whether Nanaimo had the power under s. 936 of the *Municipal Act* to declare a pile of soil a nuisance and order its removal. He declared that Nanaimo had jurisdiction to do so, but did not extend his order to conclude on Nanaimo's right to do so in the case before him.

B. *British Columbia Supreme Court* (Rowan J.)

Rascal and Kismet filed a second petition requesting that the court quash Nanaimo's resolutions on the basis that the City exceeded its jurisdiction by declaring the pile of soil to be a nuisance. Rowan J. held that the pile of soil fell within the traditional meaning of a nuisance, specifically something harmful or offensive to the public for which there is a legal remedy. Therefore, he declined to intervene and quash the City's resolutions, finding it had acted within its jurisdiction.

C. *British Columbia Court of Appeal* (per Newbury J.A.)

The Court of Appeal held that Maczko J. erred in declaring Nanaimo had jurisdiction to declare the pile of soil a nuisance and to order its removal. As the ruling of Rowan J. was predicated on the ruling of Maczko J., that too was held to be in error. The court allowed the appeal and quashed the City's resolutions.

IV. Issues

This appeal raises two issues:

- (1) Did s. 936 of the *Municipal Act* empower the appellant to pass the resolutions declaring the pile of soil a nuisance and ordering its removal?

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique* (le juge Maczko)

Le juge Maczko devait trancher la question de savoir si l'art. 936 de la *Municipal Act* attribuait à Nanaimo le pouvoir de déclarer que le tas de terre était une nuisance et d'ordonner son enlèvement. Il a décidé que la loi conférait à Nanaimo la compétence voulue, mais n'a pas statué dans son ordonnance sur le droit de Nanaimo de l'exercer dans l'affaire dont il était saisi.

B. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique* (le juge Rowan)

Rascal et Kismet ont ensuite déposé une demande sollicitant l'annulation des résolutions de Nanaimo pour le motif que la Ville a outrepassé sa compétence en déclarant que le tas de terre était une nuisance. Le juge Rowan a décidé que le tas de terre rentrait dans la définition reconnue de la nuisance, à savoir quelque chose de préjudiciable ou d'offensant pour le public pour lequel la loi prévoit une réparation. En conséquence, il s'est abstenu d'intervenir et d'annuler les résolutions de la Ville puisqu'elle avait agi, à son avis, dans les limites de sa compétence.

C. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (le juge Newbury)

La Cour d'appel a conclu que le juge Maczko avait commis une erreur en décidant que Nanaimo avait la compétence pour déclarer que le tas de terre était une nuisance et pour ordonner son enlèvement. La décision du juge Rowan reposant sur celle du juge Maczko, elle a aussi été jugée erronée. La cour a accueilli l'appel et annulé les résolutions de la Ville.

IV. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions:

- (1) L'article 936 de la *Municipal Act* conférait-il à l'appelante le pouvoir de voter les résolutions déclarant que le tas de terre était une nuisance et ordonnant son enlèvement?

10

11

12

13

(2) If so, upon what standard must the appellant's decision be reviewed?

V. Analysis

(1) *Did s. 936 of the Municipal Act Empower the Appellant to Pass the Resolutions Declaring the Pile of Soil a Nuisance and Ordering Its Removal?*

14 Nanaimo relied upon s. 936 of the *Municipal Act* as its authority to declare Rascal's pile of soil a nuisance and to order its removal. The appellant submitted that a "broad and benevolent" rule of statutory construction be adopted in ascertaining its jurisdiction under s. 936 rather than the narrow view adopted by the Court of Appeal. Nanaimo argued that s. 936's reference to "or other matter or thing" cannot be limited to the genus of constructed things and watercourses preceding it. To the contrary, Nanaimo said this phrase is meant to stand alone and apart from the preceding items. Therefore, the power to declare "other matter or thing" a nuisance referred to the municipality's jurisdiction to abate nuisances and health hazards generally.

15 In support of this conclusion Nanaimo pointed out that prior to the 1979 revision of the *Municipal Act*, the predecessor equivalent of s. 936 (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 873) contained an additional comma prior to "or other matter or thing", which it was argued was included to set this phrase off as a stand alone grant of general power. Although this comma was removed in the 1979 revision, Nanaimo claims s. 8 of the *Statute Revision Act* required the Court to interpret s. 936 as if the comma remained, should the inclusion of a comma have the substantive effect of setting off this phrase as a general grant of jurisdiction over nuisances.

16 The respondent argued that this Court should not subscribe *a priori* to either a benevolent or strict approach, but rather seek to discern the "true

(2) Dans l'affirmative, selon quelle norme la décision de l'appelante doit-elle être examinée?

V. Analyse

(1) *L'article 936 de la Municipal Act conférerait-il à l'appelante le pouvoir de voter les résolutions déclarant que le tas de terre était une nuisance et ordonnant son enlèvement?*

Nanaimo s'est appuyée sur l'art. 936 de la *Municipal Act* pour déclarer que le tas de terre de Rascal était une nuisance et pour ordonner son enlèvement. L'appelante a soutenu qu'il convenait de donner une interprétation [TRADUCTION] «large et bienveillante» à cette disposition attributive de compétence plutôt que de suivre la règle stricte préconisée par la Cour d'appel. Nanaimo a soutenu que le sens de l'expression «ou toute autre chose» qui figure à l'art. 936 ne saurait être limité au genre de choses énumérées précédemment, à savoir les constructions et cours d'eau. Au contraire, elle affirme qu'il faut prendre cette expression isolément et la considérer séparément des autres éléments de l'énumération. Par conséquent, le pouvoir de déclarer que «toute autre chose» constitue une nuisance s'entendait de la compétence de la municipalité pour supprimer les nuisances et les risques pour la santé en général.

À l'appui de cette conclusion, Nanaimo a souligné qu'avant la révision de 1979 de la *Municipal Act*, l'expression «ou toute autre chose» employée dans l'article qui a précédé l'art. 936 (*Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 255, art. 873) était précédée d'une virgule, qui aurait été insérée afin de faire ressortir que cette expression constituait une attribution distincte d'un pouvoir général. Quoique cette virgule ait été supprimée dans la version de 1979, Nanaimo affirme que, par l'application de l'art. 8 de la *Statute Revision Act*, l'art. 936 doit être interprété comme si la virgule s'y trouvait toujours, si l'inclusion d'une virgule a pour effet d'attribuer une compétence générale à l'égard des nuisances.

L'intimée a soutenu que notre Cour ne doit opter *a priori* ni pour une méthode d'interprétation bienveillante ni pour une règle stricte, mais chercher

intent” of s. 936. In the respondent’s submission, such an analysis, aided by the *ejusdem generis* or limited class rule, forces the conclusion that s. 936 empowered Nanaimo to address only two classes of potential nuisance — constructed things and things associated with the handling, transit, or storage of water. To ascribe greater meaning to the phrase “or other matter or thing” it was said would run contrary to the intent of listing specific items before it, as well as deprive those words of meaning. In light of the specific items enumerated, the respondent company said it would be anomalous to conclude that reference to “or other matter or thing” permits a municipality to, in effect, declare anything to be a nuisance.

The first step is to consider the approach the courts should take when construing municipal legislation. As noted by Iacobucci J. in *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650, at p. 668:

... as statutory bodies, municipalities “may exercise only those powers expressly conferred by statute, those powers necessarily or fairly implied by the expressed power in the statute, and those indispensable powers essential and not merely convenient to the effectuation of the purposes of the corporation”.

The process of delineating municipal jurisdiction is an exercise in statutory construction. There is ample authority, on the interpretation of statutes generally and of municipal statutes specifically, to support a broad and purposive approach.

While *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, favoured restricting a municipality’s jurisdiction to those powers expressly conferred upon it by the legislature, the Court noted that a purposive interpretation should be used in determining what the scope of those powers are. See Iacobucci J. (at pp. 687-88):

plutôt à cerner l’«intention véritable» de l’art. 936. Selon son argument, si l’on analyse la disposition de cette manière et si l’on applique la règle *ejusdem generis* ou règle des choses du même ordre, on est forcé de conclure que l’art. 936 ne conférerait une autorité à Nanaimo qu’à l’égard de deux catégories de nuisances possibles: les constructions et tout ce qui concerne la manutention, l’acheminement ou l’emmagasiner de l’eau. Donner un sens plus large à l’expression «ou toute autre chose» irait, selon l’intimée, à l’encontre du but exprimé par l’énumération d’éléments qui la précède et en ferait une expression dénuée de sens. La société intimée ajoute qu’il serait anormal, compte tenu de l’énumération, de conclure que l’emploi de l’expression «ou toute autre chose» autorise une municipalité, en fait, à déclarer que n’importe quoi constitue une nuisance.

Il s’agit d’abord d’examiner la démarche que les tribunaux devraient adopter lorsqu’ils interprètent des textes législatifs se rapportant aux municipalités. Comme le fait observer le juge Iacobucci dans *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, à la p. 668:

... en tant qu’organismes créés par la loi, les municipalités [TRADUCTION] «peuvent exercer seulement les pouvoirs qui leur sont conférés expressément par la loi, les pouvoirs qui découlent nécessairement ou vraiment du pouvoir explicite conféré dans la loi, et les pouvoirs indispensables qui sont essentiels et non pas seulement commodes pour réaliser les fins de l’organisme».

Pour statuer sur la question de la compétence des municipalités, les tribunaux recourent aux règles d’interprétation des lois. Une abondante jurisprudence en matière d’interprétation des lois en général et des lois sur les municipalités en particulier favorise une interprétation large, fondée sur l’objet visé.

Dans l’arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, notre Cour a opté pour que la compétence des municipalités soit restreinte aux pouvoirs qui leur sont expressément conférés par une loi, mais elle a cependant fait remarquer qu’il fallait interpréter ces pouvoirs en tenant compte de l’objet visé. Voir les propos du juge Iacobucci (aux pp. 687 et 688):

17

18

19

As Davies J. wrote in his reasons in *City of Hamilton v. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 S.C.R. 239, at p. 249, with respect to construing provincial legislation enabling municipal by-laws:

In interpreting this legislation I would not desire to apply the technical or strict canons of construction sometimes applied to legislation authorizing taxation. I think the sections are, considering the subject matter and the intention obviously in view, entitled to a broad and reasonable if not, as Lord Chief Justice Russell said in *Kruse v. Johnson* [[1898] 2 Q.B. 91], at p. 99, a “benevolent construction”, and if the language used fell short of expressly conferring the powers claimed, but did confer them by a fair and reasonable implication I would not hesitate to adopt the construction sanctioned by the implication.

Accordingly, a court should look to the purpose and wording of the provincial enabling legislation when deciding whether or not a municipality has been empowered to pass a certain by-law . . . [A] somewhat stricter rule of construction than that suggested above by Davies J. is in order where the municipality is attempting to use a power which restricts common law or civil rights.

20

This conclusion follows recent authorities dictating that statutes be construed purposively in their entire context and in light of the scheme of the Act as a whole with a view to ascertaining the legislature’s true intent. See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 21-23, *M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.*, [1999] 2 S.C.R. 961, at para. 25, and the *B.C. Interpretation Act*, s. 8.

21

It is my opinion that the legislature, by including the phrase “or other matter or thing”, did not intend to expand the scope of s. 936 to allow municipalities to declare almost anything to be a nuisance. I accept the respondent’s submission that to construe that phrase as creating a third class of potential nuisance would effectively negate the purpose of including rather specific preceding language.

Comme l’a affirmé le juge Davies dans *City of Hamilton c. Hamilton Distillery Co.* (1907), 38 R.C.S. 239, à la p. 249, à l’égard de l’interprétation d’une loi provinciale autorisant l’adoption de règlements municipaux:

[TRADUCTION] En interprétant la présente loi, je ne souhaiterais pas appliquer les principes techniques et stricts d’interprétation parfois appliqués aux mesures législatives qui autorisent la perception d’impôts. À mon avis, compte tenu de l’objet et de l’intention manifestement visés, les articles peuvent être interprétés d’une manière libérale et raisonnable, ou à tout le moins «bienveillante», comme le lord juge en chef Russell l’a écrit dans l’arrêt *Kruse c. Johnson* [[1898] 2 Q.B. 91], à la p. 99. En outre, si le langage utilisé ne conférerait pas expressément les pouvoirs revendiqués, mais le faisait par déduction juste et raisonnable, je n’hésiterais pas à adopter l’interprétation ainsi sanctionnée.

En conséquence, lorsqu’il doit déterminer si une municipalité a été habilitée à adopter un certain règlement, le tribunal devrait examiner l’objet et le texte de la mesure législative provinciale habilitante. [. . .] [I]l convient d’adopter une règle d’interprétation un peu plus stricte que celle proposée ci-dessus par le juge Davies lorsque la municipalité tente d’exercer un pouvoir qui restreint des droits civils ou de common law.

Cette conclusion suit des arrêts récents qui commandent que l’interprétation des lois soit fondée sur l’objet en tenant compte de tout le contexte et de l’esprit de la loi dans son ensemble en vue de cerner l’intention véritable du législateur. Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 21 à 23, *M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba*, [1999] 2 R.C.S. 961, au par. 25, et l’*Interpretation Act* de la Colombie-Britannique, art. 8.

Je suis d’avis qu’en insérant l’expression «ou toute autre chose», le législateur n’avait pas l’intention d’élargir le champ d’application de l’art. 936 de manière à autoriser les municipalités à déclarer que quasiment n’importe quoi constitue une nuisance. J’accepte l’argument de l’intimée qu’interpréter ces mots comme créant une troisième catégorie de nuisances possibles irait effectivement à l’encontre de l’objet visé, lequel s’exprime dans l’énumération d’éléments qui précède.

The phrase “or other matter or thing” extends the two classes of nuisances outlined before it, that is constructed or erected things, and watercourses. This interpretation follows from both a purposive interpretation and the application of the *ejusdem generis* limited class rule. It is not reasonable to believe that the legislature intended to subscribe such importance to the missing comma, namely that such minor punctuation should render null the specific items listed before.

It should also be noted that s. 932 of the *Municipal Act* (now s. 725) gave municipalities the authority to address nuisances, broadly defined, through duly passed by-laws. Under the Act, the procedure established to pass a by-law is more onerous and time consuming than that required to pass a resolution. Were reference to “or other matter or thing” interpreted to govern nuisances generally, s. 936 would necessarily encompass those nuisances addressed by s. 932. Section 932 would, in practice, be redundant. No reasonable and efficient municipality would address a nuisance through s. 932 in light of the less cumbersome procedure available under s. 936. The legislature could not have intended such redundancy.

The fact that s. 936 empowers municipalities to declare only two classes of thing to be a nuisance does not foreclose the possibility that a pile of soil may fall within one of those categories. It is clear that a pile of soil does not fall within any of the water-related items constituting the second class. However, does a pile of soil fall within the first class of constructed or erected things? Specifically, does it fall within the phrase “building, structure or erection of any kind”? I conclude that it does. A pile of soil does not materialize on its own. It must at least be erected presumably by piling or dumping. As well, a pile of soil clearly may be a “hazardous erection” within the wording of s. 936’s heading, either in the sense of reducing air quality

22
L’expression «ou toute autre chose» élargit les deux catégories de nuisances qui la précèdent, soit les constructions et les cours d’eau. Cette interprétation s’accorde tant avec une interprétation fondée sur l’objet qu’avec la règle *ejusdem generis*. Il n’est pas raisonnable de croire que le législateur ait voulu accorder une telle importance à la virgule manquante, c’est-à-dire qu’un signe de ponctuation aussi peu important rende nuls les éléments énumérés précédemment.

23
Il convient de signaler en outre que l’art. 932 de la *Municipal Act* (maintenant l’art. 725) conférait aux municipalités le pouvoir de prendre, par règlement, des mesures à l’égard des nuisances au sens large. Aux termes de la Loi, la procédure établie pour adopter un règlement est plus lourde et demande plus de temps que celle prévue pour adopter une résolution. Si l’utilisation de l’expression «ou toute autre chose» était interprétée comme régissant toutes les nuisances en général, l’art. 936 engloberait nécessairement les nuisances visées à l’art. 932, qui deviendrait alors, en pratique, redondant. Aucune municipalité raisonnable et efficace ne traiterait des questions de nuisance par le biais de l’art. 932 compte tenu de la procédure plus légère prévue à l’art. 936. Le législateur ne peut avoir prévu une telle redondance.

24
Le fait que l’art. 936 habilite les municipalités à déclarer que deux catégories de choses seulement sont des nuisances n’écarte pas la possibilité qu’un tas de terre entre dans l’une de ces catégories. De toute évidence, un tas de terre ne correspond à aucun des éléments ayant un rapport avec l’eau qui forment la seconde catégorie. Toutefois, un tas de terre entre-t-il dans la première catégorie, celle des constructions? Plus précisément, est-il visé par l’expression «tout bâtiment ou construction de quelque nature que ce soit»? Je suis d’avis qu’il l’est. Un tas de terre ne se fait pas tout seul. Il représente à tout le moins une construction, dans le sens qu’il a vraisemblablement été empilé ou déversé. De plus, un tas de terre peut clairement être une «construction dangereuse» au sens de l’intertitre qui précède l’art. 936, soit du fait qu’il diminue la qualité de l’air par la poussière en sus-

through dust pollution, or by posing a serious risk to curious children.

25 *Rizzo & Rizzo Shoes, supra*, at para. 27, noted “[i]t is a well established principle of statutory interpretation that the legislature does not intend to produce absurd consequences”. In this sense, an absurdity would result if s. 936 did not extend to a pile of soil. It would mean a building, structure or pond could be declared a nuisance, but the soil excavated to create them could not.

26 It is my opinion that s. 936 empowered the appellant to issue resolutions declaring Rascal’s pile of soil a nuisance and ordering its removal. As a result of that conclusion the second question requires review.

(2) *Upon What Standard Must the Appellant’s Decision Be Reviewed?*

27 The standard of judicial review applicable to municipal policy making decisions was reviewed and set out in *Shell, supra*. See Sopinka J. (at p. 273):

As creatures of statute, however, municipalities must stay within the powers conferred on them by the provincial legislature. In *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, Iacobucci J., speaking for the Court, stated, at p. 687:

Municipalities are entirely the creatures of provincial statutes. Accordingly, they can exercise only those powers which are explicitly conferred upon them by a provincial statute.

It follows that the exercise of a municipality’s statutory powers . . . is reviewable to the extent of determining whether the actions are *intra vires*.

28 In this case we are considering the standard of review applicable to a municipality’s adjudicative function as opposed to its policy making. The decision in question was clearly adjudicative as it involved an adversarial hearing, the application of substantive rules to individual cases and a significant impact on the rights of the parties. (See 2747-

pension, soit du fait qu’il constitue un grave danger pour les enfants curieux.

Dans l’arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes*, précité, au par. 27, il est indiqué que «[s]elon un principe bien établi en matière d’interprétation législative, le législateur ne peut avoir voulu des conséquences absurdes». De ce point de vue, estimer que l’art. 936 ne vise pas un tas de terre conduirait à une absurdité. Cela signifierait qu’il peut être déclaré qu’un bâtiment, une construction ou un étang constitue une nuisance, mais non les déblais de l’excavation de ceux-ci.

À mon avis, l’art. 936 habilitait l’appelante à voter des résolutions déclarant que le tas de terre de Rascal était une nuisance et ordonnant son enlèvement. Étant donné cette conclusion, il y a lieu d’examiner la seconde question.

(2) *Selon quelle norme la décision de l’appelante doit-elle être examinée?*

La norme de contrôle judiciaire applicable aux décisions de principe des municipalités a été étudiée et énoncée dans *Shell*, précité. Voir les propos du juge Sopinka (à la p. 273):

En tant que créations de la loi, les municipalités doivent toutefois agir conformément aux pouvoirs que la législature provinciale leur a conférés. Dans l’arrêt *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, le juge Iacobucci affirme, au nom de la Cour, à la p. 687:

Les municipalités doivent leur existence aux lois provinciales. En conséquence, elles ne peuvent exercer que les pouvoirs qui leur sont expressément conférés par une loi provinciale.

Il s’ensuit que l’exercice des pouvoirs légaux d’une municipalité, quelle que soit leur classification, peut faire l’objet d’un contrôle dans la mesure où il s’agit de déterminer si elle a agi dans les limites de sa compétence.

En l’espèce, nous examinons la norme de contrôle applicable à la fonction juridictionnelle d’une municipalité par opposition à son rôle en matière de prise de décisions de principe. Il est clair que la décision en question était de nature juridictionnelle puisqu’elle comportait une audience contradictoire ainsi que l’application de règles de fond à des cas

3174 *Québec Inc. v. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 S.C.R. 919, at para. 24.) In *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, and subsequent cases, this Court adopted what was described as a “pragmatic and functional” approach to discerning the standards of review applicable to administrative tribunals, be they delegates of federal or provincial jurisdiction. As municipalities are also delegates of provincial jurisdiction, there is harmony in applying the pragmatic and functional approach in ascertaining the standard of review applicable to municipalities exercising an adjudicative function.

As recently noted in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paras. 29-38, several factors must be weighed in determining whether to afford an administrative tribunal curial deference. The approach is a contextual one that must be adapted to the body in question. It considers, where relevant, the existence of a privative clause, if any, the body’s expertise, the purpose of the body’s enabling legislation and whether the question at issue is one of law or fact. Here, s. 936 requires the municipal council to apply principles of statutory interpretation in order to answer the legal question of the scope of its authority. On such questions, municipalities do not possess any greater institutional competence or expertise than the courts so as to warrant a heightened degree of deference on review. The test on jurisdiction and questions of law is correctness.

A consideration of the nature of municipal government and the extent of municipal expertise further militates against a deferential standard on the question of jurisdiction. Furthermore, these factors reflect the institutional realities that make municipi-

particuliers et qu’elle avait des répercussions importantes sur les droits des parties. (Voir 2747-3174 *Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919, au par. 24.) Dans l’arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, et dans des arrêts subséquents, notre Cour a adopté une démarche «pragmatique et fonctionnelle» à l’égard de la détermination des normes de contrôle applicables aux tribunaux administratifs, qu’il s’agisse de délégués des gouvernements fédéral ou provinciaux. Comme les municipalités exercent aussi des pouvoirs délégués par le gouvernement provincial, il est approprié d’utiliser la démarche pragmatique et fonctionnelle pour déterminer quelle est la norme de contrôle applicable aux municipalités qui exercent une fonction juridictionnelle.

Il a récemment été noté dans l’arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, aux par. 29 à 38, que plusieurs facteurs doivent être pris en considération pour décider s’il y a lieu de faire montre de retenue à l’endroit d’un tribunal administratif. La démarche est contextuelle et doit être adaptée à l’organisme en question. Dans le cadre de cette démarche, l’examen porte sur l’existence d’une clause privative, le cas échéant, l’expertise de l’organisme, l’objet de la loi habilitante de l’organisme et la nature du problème, à savoir s’il s’agit d’une question de droit ou de fait. En l’espèce, le conseil municipal doit, en application de l’art. 936, appliquer des principes d’interprétation des lois pour répondre à la question de droit touchant l’étendue de son pouvoir. Sur de telles questions, les municipalités ne sont pas dotées d’une compétence ou d’une expertise institutionnelles plus grandes que celles des tribunaux, qui justifieraient un degré plus élevé de retenue de la part du tribunal d’examen. Le critère à appliquer quand il s’agit de questions de compétence et de questions de droit est celui de la décision correcte.

La prise en compte de la nature du gouvernement municipal et de l’étendue de l’expertise de la municipalité milite aussi contre l’application du principe de la retenue judiciaire quand il s’agit d’une question de compétence. De plus, ces fac-

palties creatures distinct and unique from administrative bodies.

31 First, in contrast to administrative tribunals, that usually adjudicate matters pertaining to a specialized and confined area, municipalities exercise a rather plenary set of legislative and executive powers, a role that closely mimics that of the provincial government from which they derive their existence. Yet, unlike provincial governments, municipalities do not have an independent constitutional status. (See *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 52, and the *Constitution Act, 1867*, ss. 92(8) and 92(16).) While administrative agencies are equally statutory delegates, they are not a substitute for provincial legislative and executive authority to the extent that municipalities are. Municipalities essentially represent delegated government.

32 Second, municipalities are political bodies. Whereas tribunal members should be and are, generally, appointed because they possess an expertise within the scope of the agency's authority, municipal councillors are elected to further a political platform. Neither experience nor proficiency in municipal law and municipal planning, while desirable, is required to be elected a councillor. Given the relatively broad range of issues that a municipality must address, it is unlikely that most councillors will develop such special expertise even over an extended time. Finally, as opposed to administrative tribunals, council decisions are more often by-products of the local political milieu than a considered attempt to follow legal or institutional precedent. To a large extent council decisions are necessarily motivated by political considerations and not by an entirely impartial application of expertise.

teurs témoignent des réalités institutionnelles qui distinguent nettement les municipalités des organismes administratifs.

Premièrement, au contraire des tribunaux administratifs, qui tranchent habituellement des questions relevant de domaines spécialisés et restreints, les municipalités exercent un ensemble assez complet de pouvoirs législatifs et exécutifs, jouant un rôle qui se rapproche énormément de celui du gouvernement provincial dont elles sont l'émanation. Néanmoins, contrairement au gouvernement provincial, les municipalités ne jouissent pas d'un statut constitutionnel indépendant. (Voir *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, au par. 52, et la *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(8) et 92(16).) Quoique les organismes administratifs soient également titulaires de pouvoirs délégués par des lois, ils ne se substituent pas à l'assemblée législative et au pouvoir exécutif des provinces au même titre que les municipalités qui, elles, constituent essentiellement des gouvernements délégués.

Deuxièmement, les municipalités sont des corps politiques. Alors que les membres des tribunaux administratifs doivent être nommés, et qu'ils le sont généralement, parce qu'ils possèdent une expertise pertinente par rapport aux attributions de l'organisme, les conseillers municipaux, pour leur part, sont élus en vue de la réalisation d'un programme politique. L'expérience et la compétence en droit municipal et en planification municipale sont des qualités souhaitables, mais nul n'est tenu de les posséder pour être élu conseiller. Vu la variété appréciable des questions qui ressortissent à l'autorité des municipalités, il est peu probable que la plupart des conseillers acquièrent de telles connaissances spécialisées même au bout d'un laps de temps assez long. Enfin, à l'inverse de celles des tribunaux administratifs, les décisions des conseils sont plus souvent une manifestation du milieu politique local qu'une tentative réfléchie de suivre des précédents juridiques ou institutionnels. Dans une large mesure, les décisions des conseils sont nécessairement le produit de facteurs politiques et non de l'application entièrement impartiale d'une expertise.

The fact that councillors are accountable at the ballot box, is a consideration in determining the standard of review for *intra vires* decisions but does not give municipal councillors any particular advantage in deciding jurisdictional questions in the adjudicative context. As a result, the courts may review those jurisdictional decisions on a standard of correctness.

Given the interpretation of s. 936 set out in part 1 of these reasons, it is my opinion that Nanaimo was correct in construing s. 936 as extending to it jurisdiction to issue resolutions declaring Rascal's pile of soil a nuisance and ordering its removal.

In light of the conclusion that Nanaimo acted within its jurisdiction in passing the resolutions at issue, it is necessary to consider the standard upon which the courts may review those *intra vires* municipal decisions. Municipal councillors are elected by the constituents they represent and as such are more conversant with the exigencies of their community than are the courts. The fact that municipal councils are elected representatives of their community, and accountable to their constituents, is relevant in scrutinizing *intra vires* decisions. The reality that municipalities often balance complex and divergent interests in arriving at decisions in the public interest is of similar importance. In short, these considerations warrant that the *intra vires* decision of municipalities be reviewed upon a deferential standard.

Kruse v. Johnson, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.), has long been an authority in Canadian courts for scrutinizing the reasonableness of municipal by-laws. There, Lord Russell of Killowen offered

Le fait que les conseillers municipaux sont responsables devant leurs commettants au moment des élections est un élément à prendre en considération pour déterminer la norme de contrôle des décisions prises dans les limites de leur compétence, mais ce fait ne leur donne pas d'avantage particulier lorsqu'ils tranchent des questions de compétence dans le contexte juridictionnel. Par conséquent, les tribunaux doivent examiner les décisions en matière de compétence selon la norme de la décision correcte.

Vu l'interprétation de l'art. 936 énoncée dans la première partie des présents motifs, j'estime que Nanaimo a pris une décision correcte en interprétant l'art. 936 comme lui conférant la compétence pour adopter des résolutions déclarant que le tas de terre de Rascal était une nuisance et ordonnant son enlèvement.

Compte tenu de la conclusion que Nanaimo a agi dans les limites de sa compétence en adoptant les résolutions en question, il est nécessaire d'examiner la norme selon laquelle les tribunaux peuvent examiner les décisions prises par la municipalité dans les limites de leur compétence. Les conseillers municipaux sont élus par les commettants qu'ils représentent et, de ce fait, ils sont plus au courant des exigences de leur collectivité que ne le sont les tribunaux. Le fait que les conseils municipaux sont composés de représentants élus de leur collectivité et, partant, qu'ils sont responsables devant leurs commettants est un élément pertinent de l'examen des décisions prises dans les limites de leur compétence. La réalité qui veut que les municipalités doivent souvent soupeser des intérêts complexes et opposés pour arriver à des décisions conformes à l'intérêt public est tout aussi importante. Bref, les considérations qui précèdent justifient que l'on fasse preuve de retenue dans le cadre de l'examen des décisions prises par les municipalités dans les limites de leur compétence.

L'arrêt *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.), a longtemps fait autorité au Canada quant au caractère raisonnable des règlements municipaux. Lord Russell of Killowen y invite les

33

34

35

36

the courts some cautionary language on findings of unreasonableness (at p. 100):

A by-law is not unreasonable merely because particular judges may think that it goes further than is prudent or necessary or convenient, or because it is not accompanied by a qualification or an exception which some judges may think ought to be there. Surely it is not too much to say that in matters which directly and mainly concern the people of the county, who have the right to choose those whom they think best fitted to represent them in their local government bodies, such representatives may be trusted to understand their own requirements better than judges.

Or as more recently expressed in *Shell, supra, per* McLachlin J., at p. 244:

Recent commentary suggests an emerging consensus that courts must respect the responsibility of elected municipal bodies to serve the people who elected them and exercise caution to avoid substituting their views of what is best for the citizens for those of municipal councils. Barring clear demonstration that a municipal decision was beyond its powers, courts should not so hold. In cases where powers are not expressly conferred but may be implied, courts must be prepared to adopt the "benevolent construction" which this Court referred to in *Greenbaum*, and confer the powers by reasonable implication. Whatever rules of construction are applied, they must not be used to usurp the legitimate role of municipal bodies as community representatives.

37 I find these comments equally persuasive in the scrutiny of municipal resolutions. The conclusion is apparent. The standard upon which courts may entertain a review of *intra vires* municipal actions should be one of patent unreasonableness.

38 An example of legislative intent in the review of municipal by-laws or resolutions is found in the Province of Alberta where the province seeks to shield its municipalities from a challenge on

tribunaux à user de circonspection lorsqu'il s'agit de statuer sur le caractère déraisonnable d'une telle mesure (à la p. 100):

[TRADUCTION] Un règlement n'est pas déraisonnable simplement parce que certains juges peuvent estimer qu'il va au-delà de ce qui est prudent ou nécessaire ou commode, ou parce qu'il n'est pas assorti d'une réserve ou d'une exception qui devrait y figurer de l'avis de certains juges. Il n'est sans doute pas exagéré de dire que, lorsqu'une question touche directement et principalement les habitants du comté, qui ont le droit de choisir ceux qu'ils jugent les plus aptes à les représenter au sein du corps municipal, on peut faire confiance à ces représentants pour ce qui est de comprendre mieux que les juges ce qui leur convient.

Ou bien, comme le juge McLachlin l'a exprimé plus récemment dans *Shell*, précité, à la p. 244:

Il ressort d'un commentaire récent que l'on commence à s'accorder pour dire que les tribunaux doivent respecter la responsabilité qu'ont les conseils municipaux élus de servir leurs électeurs et de prendre garde de substituer à l'opinion de ces conseils leur propre avis quant à ce qui est dans le meilleur intérêt des citoyens. À moins qu'il ne soit clairement démontré qu'une municipalité a excédé ses pouvoirs en prenant une décision donnée, les tribunaux ne devraient pas conclure qu'il en est ainsi. Dans les cas où il n'y a pas d'attribution expresse de pouvoirs, mais où ceux-ci peuvent être implicites, les tribunaux doivent se montrer prêts à adopter l'interprétation «bienveillante» évoquée par notre Cour dans l'arrêt *Greenbaum* et à conférer les pouvoirs par déduction raisonnable. Quelles que soient les règles d'interprétation appliquées, elles ne doivent pas servir à usurper le rôle légitime de représentants de la collectivité que jouent les conseils municipaux.

J'estime que ces commentaires sont également persuasifs lorsqu'il s'agit d'examiner des résolutions municipales. La conclusion est évidente. La norme suivant laquelle les tribunaux peuvent examiner les actions d'une municipalité accomplies dans les limites de sa compétence est celle du caractère manifestement déraisonnable.

On trouve dans la province d'Alberta un exemple d'intention législative en matière d'examen des règlements ou résolutions des municipalités. En effet, cette province cherche à protéger

unreasonableness alone. See the *Municipal Government Act*, S.A. 1994, c. M-26.1, that states:

539 No bylaw or resolution may be challenged on the ground that it is unreasonable.

We are left to consider whether Nanaimo was patently unreasonable in declaring this specific pile of soil a nuisance. The pile of soil had serious and continuing effects upon the neighbouring community. It was an annoyance and a source of pollution. Nanaimo's decision to declare Rascal's pile of soil a nuisance was not patently unreasonable. I would allow the appeal with costs throughout, set aside the order of the British Columbia Court of Appeal and reinstate the orders of Maczko J. and Rowan J. below, as well as Nanaimo's resolutions dated July 3, 1996 and August 19, 1996.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Staples McDannold Stewart, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Ladner Downs, Vancouver.

ses municipalités contre une contestation fondée uniquement sur la question du caractère déraisonnable. Voir la *Municipal Government Act*, S.A. 1994, ch. M-26.1, dont l'art. 539 dispose:

[TRADUCTION]

539 Nul ne peut contester un règlement ou une résolution pour le motif qu'il est déraisonnable.

Il reste à décider si Nanaimo a pris une décision manifestement déraisonnable en déclarant que le tas de terre en question était une nuisance. Le tas de terre a eu des effets graves et constants sur la collectivité voisine. Il constituait un désagrément et une source de pollution. La décision de Nanaimo de déclarer que le tas de terre de Rascal était une nuisance n'était pas manifestement déraisonnable. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir les ordonnances des juges Maczko et Rowan en première instance, ainsi que les résolutions de Nanaimo datées du 3 juillet 1996 et du 19 août 1996.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Staples McDannold Stewart, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Ladner Downs, Vancouver.

**Board of Police Commissioners of the City
of Regina** *Appellant*

v.

**Regina Police Association Inc. and Greg
Shotton** *Respondents*

INDEXED AS: REGINA POLICE ASSN. INC. v. REGINA (CITY)
BOARD OF POLICE COMMISSIONERS

Neutral citation: 2000 SCC 14.

File No.: 26871.

1999: November 12; 2000: March 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

Labour law — Jurisdiction of arbitrator — Competing statutory regimes — Police officer — Disciplinary matters — Police officer resigning rather than facing discipline proceedings — Chief of Police refusing to accept officer's withdrawal of resignation — Union grieving decision under collective agreement and requesting arbitration — Matters of discipline and dismissal dealt with by adjudicative bodies set up under the Saskatchewan Police Act, 1990 and Regulations — Whether arbitrator had jurisdiction to hear dispute — Application of Weber test.

A police officer resigned rather than face disciplinary action. He later withdrew his resignation, but the Chief of Police refused to accept the withdrawal. The officer's union filed a grievance under the collective agreement and eventually requested arbitration. The arbitrator held that she did not have jurisdiction to decide the dispute since matters of police discipline and dismissal were governed by the *Saskatchewan Police Act, 1990* and Regulations and came within the jurisdiction of the adjudicative bodies created under that legislation. The Court of Queen's Bench dismissed the union's application to quash that decision, but a majority of the Court of Appeal reversed it on appeal.

Held: The appeal should be allowed.

**Board of Police Commissioners de la ville
de Regina** *Appelant*

c.

**Regina Police Association Inc. et Greg
Shotton** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: REGINA POLICE ASSN. INC. c. REGINA (VILLE)
BOARD OF POLICE COMMISSIONERS

Référence neutre: 2000 CSC 14.

N° du greffe: 26871.

1999: 12 novembre; 2000: 2 mars.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier,
McLachlin, Major, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

Droit du travail — Compétence d'un arbitre — Régimes législatifs concurrents — Policier — Affaires disciplinaires — Policier ayant démissionné plutôt que de faire l'objet de procédures disciplinaires — Retrait de la démission du policier refusé par le chef de police — Grief déposé par le syndicat conformément à la convention collective et demande d'arbitrage — Questions de discipline et de renvoi relevant des instances décisionnelles créées sous le régime de la Police Act, 1990 de la Saskatchewan et de son règlement d'application — L'arbitre avait-elle compétence pour entendre le litige? — Application du critère établi dans l'arrêt Weber.

Un policier a démissionné plutôt que de faire l'objet d'une procédure disciplinaire. Il a par la suite retiré sa démission, mais le chef de police a refusé d'accepter le retrait. Le syndicat du policier a déposé un grief en vertu de la convention collective et a, par la suite, sollicité un arbitrage. L'arbitre a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour statuer sur le litige puisque les questions de discipline et de renvoi de policiers étaient régies par *The Police Act, 1990* de la Saskatchewan et son règlement d'application et relevaient de la compétence des instances décisionnelles créées sous le régime de ces textes législatifs. La Cour du Banc de la Reine a rejeté la demande du syndicat en annulation de cette décision, mais la Cour d'appel à la majorité a infirmé cette décision.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

The test set out in *Weber* determines the issue in this case and applies equally when deciding which of two competing statutory regimes should govern a dispute. If the essential character of a dispute arises either explicitly or implicitly from the interpretation, application, administration or violation of a collective agreement, the dispute is within the sole jurisdiction of an arbitrator. To determine whether the dispute in this case arose out of the collective agreement, the nature of the dispute and the ambit of the collective agreement must be considered. Looking at the nature of the dispute, one must determine its essential character, which is based upon the factual context in which it arose, not its legal characterization. The key question is whether, in its factual context, the essential character of the dispute arises either expressly or inferentially from a statutory scheme. In the circumstances of this case, the issue is whether the legislature intended the dispute to be governed by the collective agreement or by *The Police Act, 1990* and Regulations.

Here, the arbitrator had no jurisdiction to decide the dispute. The dispute clearly centred on discipline. The informal resolution of the disciplinary matter did not change its essential character. Looking at the ambit of the collective agreement, it is clear that the dispute between the parties did not arise, either explicitly or inferentially, from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement. The legislature intended *The Police Act, 1990* and Regulations to be a complete code for the resolution of disciplinary matters involving members of the police force. It is public policy that police boards have exclusive responsibility for maintaining an efficient police force, an integral part of which is the ability to discipline members. No discretion exists to select another legal mechanism, like arbitration, to proceed against a police officer on a disciplinary matter. Nor can the collective agreement be interpreted in a way to offend the legislative scheme set out in *The Police Act, 1990* and Regulations. Jurisdictional issues must be decided in a manner consistent with the statutory schemes governing the parties. Even if *The Police Act, 1990* and Regulations do not expressly provide for the disciplinary action taken in this case, the action may still arise inferentially from the disciplinary scheme provided and, under a liberal inter-

Le critère établi dans l'arrêt *Weber* est déterminant quant à la question en l'espèce et s'applique également quand il faut déterminer lequel de deux régimes législatifs concurrents devrait régir le litige. Si l'essence du litige découle expressément ou implicitement de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective, l'arbitre a compétence exclusive pour statuer sur le litige. Pour déterminer si le litige en l'espèce résulte de la convention collective, il faut tenir compte de la nature du litige et du champ d'application de la convention collective. L'examen de la nature du litige vise à en déterminer l'essence; cette détermination s'effectue compte tenu non pas de la qualification du litige sur le plan juridique, mais du contexte factuel dans lequel il est né. La question clé est de savoir si l'essence du litige, dans son contexte factuel, est expressément ou implicitement visée par un régime législatif. Dans les circonstances de l'espèce, il faut se demander si le législateur a voulu que le litige soit régi par la convention collective ou par *The Police Act, 1990* et le Règlement.

En l'espèce, l'arbitre n'avait pas compétence pour juger le litige, qui portait clairement sur la discipline. Le règlement informel de ce litige disciplinaire n'en a pas modifié l'essence. Un examen du champ d'application de la convention collective montre clairement que le litige opposant les parties ne découlait pas, expressément ou implicitement, de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective. Le législateur voulait que *The Police Act, 1990* et le Règlement constituent un code complet pour le règlement des affaires disciplinaires mettant en cause des membres du corps policier. Il s'agit d'une politique gouvernementale selon laquelle les commissions de police détiennent la responsabilité exclusive du maintien d'un corps de police efficace, et le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires aux membres fait partie intégrante de cette responsabilité. Il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire de choisir un autre mécanisme juridique, tel que l'arbitrage, pour poursuivre un policier relativement à une question de discipline. Par ailleurs, la convention collective ne peut pas être interprétée d'une manière qui porte atteinte au régime législatif établi dans *The Police Act, 1990* et le Règlement. Les questions de compétence doivent être tranchées d'une manière qui soit conforme au régime législatif régissant les parties. Même si *The Police Act, 1990* et le Règlement ne prévoient pas expressément la mesure disciplinaire qui a été prise en l'espèce, celle-ci peut néanmoins relever implicitement du régime disciplinaire qui a été prévu, et, conformément à une interprétation

pretation of the legislation, the Saskatchewan Police Commission would have jurisdiction to hear the dispute.

libérale de la loi, la Saskatchewan Police Commission aurait compétence pour entendre le litige.

Cases Cited

Applied: *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929; **referred to:** *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704; *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967; *Re Proctor and Sarnia Board of Commissioners of Police* (1979), 99 D.L.R. (3d) 356, rev'd [1980] 2 S.C.R. 727; *Mitchell v. Board of Police Commissioners of the City of Moose Jaw, Saskatchewan Police Commission*, August 26, 1992.

Statutes and Regulations Cited

Municipal Police Discipline Regulations, 1991, R.S.S., c. P-15.01, Reg. 4, [am. Sask. Reg. 76/97].
Police Act, 1990, S.S. 1990-91, c. P-15.01, Part IV, ss. 60, 61, 66, 69.
Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 25(1) [rep. & sub. 1994, c. 47, s. 13(1)].

Authors Cited

Ceyssens, Paul. *Legal Aspects of Policing*. Toronto: Earls court Legal Press, 1994 (loose-leaf updated July 1999, Update 8).

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1998), 163 D.L.R. (4th) 145, [1999] 2 W.W.R. 1, [1998] S.J. No. 553 (QL), allowing the union's appeal from a judgment of the Court of Queen's Bench, dismissing an application to quash the decision of an arbitrator. Appeal allowed.

Neil Robertson, for the appellant.

Merrilee Rasmussen, Q.C., for the respondents.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929; **arrêts mentionnés:** *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967; *Re Proctor and Sarnia Board of Commissioners of Police* (1979), 99 D.L.R. (3d) 356, inf. par [1980] 2 R.C.S. 727; *Mitchell c. Board of Police Commissioners of the City of Moose Jaw, Saskatchewan Police Commission*, 26 août 1992.

Lois et règlements cités

Municipal Police Discipline Regulations, 1991, R.S.S., ch. P-15.01, Reg. 4, [mod. Sask. Reg. 76/97].
Police Act, 1990, S.S. 1990-91, ch. P-15.01, Partie IV, art. 60, 61, 66, 69.
Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 25(1) [abr. & rempl. 1994, ch. 47, art. 13(1)].

Doctrine citée

Ceyssens, Paul. *Legal Aspects of Policing*. Toronto: Earls court Legal Press, 1994 (feuilles mobiles mises à jour en juillet 1999, envoi n° 8).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1998), 163 D.L.R. (4th) 145, [1999] 2 W.W.R. 1, [1998] S.J. No. 553 (QL), qui a accueilli l'appel interjeté par le syndicat contre un jugement de la Cour du Banc de la Reine qui avait rejeté une demande en annulation de la décision d'un arbitre. Pourvoi accueilli.

Neil Robertson, pour l'appelant.

Merrilee Rasmussen, c.r., pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

BASTARACHE J. —

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

This appeal concerns the jurisdiction of an arbitrator to hear and determine a grievance arising from a resignation tendered by a member of the Regina Police Service to avoid disciplinary proceedings.

I. Introduction

Le présent pourvoi concerne la compétence d'un arbitre d'entendre et de juger un grief découlant de la démission donnée par un membre du corps de police de Regina afin d'éviter de faire l'objet de procédures disciplinaires.

II. Factual Background

The parties have agreed to the relevant facts in this case. The respondent, Greg Shotton was engaged as a member of the Regina Police Service in January 1977. He was promoted to the rank of Sergeant on April 19, 1995. On July 17, 1996, following events which are not at issue in this case, Sgt. Shotton was interviewed by members of the Regina Police Internal Affairs division, and advised that he would be charged with discreditable conduct pursuant to *The Municipal Police Discipline Regulations, 1991*, R.R.S., c. P-15.01, Reg. 4 ("Regulations"). He was later informed that he could also be subject to dismissal proceedings pursuant to *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01 ("*The Police Act*").

II. Le contexte factuel

Les parties se sont mises d'accord sur les faits pertinents en l'espèce. Le corps de police de Regina a engagé l'intimé Greg Shotton en janvier 1977. Il a été promu au grade de sergent le 19 avril 1995. Le 17 juillet 1996, à la suite d'événements qui ne sont pas en cause en l'espèce, des membres de la division des affaires internes de la police de Regina ont interrogé le sergent Shotton et l'ont informé qu'il serait inculpé de conduite déshonorante aux termes de *The Municipal Police Discipline Regulations, 1991*, R.R.S., ch. P-15.01, Reg. 4 («Règlement»). Il a par la suite été informé qu'il pouvait également faire l'objet d'une procédure de renvoi aux termes de *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, ch. P-15.01 («*The Police Act*»).

On November 7, 1996, Chief of Police Murray Langgard informed Sgt. Shotton that he intended to issue "Notices of Formal Discipline Proceedings" on two counts each of corrupt practice and discreditable conduct and that he would be seeking an order for dismissal in the event of a conviction. The Chief of Police also advised Sgt. Shotton that he would not be subject to disciplinary action if he resigned from the Regina Police Force. The Chief of Police gave Sgt. Shotton five days to consider his options, and suggested that he contact a lawyer and a representative of the respondent Regina Police Association ("Union") for advice.

Le 7 novembre 1996, le chef de police Murray Langgard a informé le sergent Shotton qu'il avait l'intention de délivrer des [TRADUCTION] «avis d'intention d'intenter des procédures disciplinaires» relativement à un chef de pratique de corruption et à un chef de conduite déshonorante, et qu'il solliciterait une ordonnance de renvoi s'il y avait déclaration de culpabilité. Le chef de police a également avisé le sergent Shotton qu'il ne ferait pas l'objet d'une action disciplinaire s'il démissionnait. Il lui a donné cinq jours pour examiner ses options, et lui a suggéré de consulter un avocat et un représentant de la Regina Police Association intimée («Syndicat»).

On November 12, 1996, Sgt. Shotton tendered his resignation in writing to the Chief of Police. The resignation was accepted and, as a result, the

Le 12 novembre 1996, le sergent Shotton a donné sa démission par écrit au chef de police. La démission a été acceptée et, en conséquence, les

discipline notices were not issued. From then on, Sgt. Shotton did not show up for work at the Regina Police Service. On November 27, 1996, Sgt. Shotton wrote to the Chief of Police, stating that "I hereby withdraw my letter of resignation dated November 12, 1996". On December 2, 1996, the Chief of Police replied in writing, refusing to accept the withdrawal.

5 In a letter to the Chief of Police dated November 29, 1996, the Union filed a grievance on behalf of Sgt. Shotton. The Chief of Police heard the grievance on January 23, 1997 and denied it. The Union appealed the decision to the appellant Board of Police Commissioners of the City of Regina ("Employer"). The Employer heard and refused the appeal. Subsequently, the Union requested that the grievance proceed to arbitration. Gene Anne Smith was appointed as the arbitrator to hear and decide the grievance.

III. Judicial History

6 The Employer raised a preliminary objection, stating that the grievance was beyond the jurisdiction of the arbitrator because the issue was not subject to the collective agreement.

7 The arbitrator examined the relevant provisions of *The Police Act* and of the collective agreement. She noted that Article 8 of the collective agreement, which governs grievances, states that the grievance provisions in the agreement are not intended to be used in any circumstances where the provisions of *The Police Act* and Regulations apply. Turning to the provisions of *The Police Act*, she noted that Part IV, along with the Regulations, provide a procedural scheme for both disciplinary action and dismissal for breach of discipline, unsuitability for police service or incompetence. In contrast, she noted, the collective agreement has no provisions limiting the grounds for dismissal of an employee, and no provision was directly engaged by the grievance.

avis de procédures disciplinaires n'ont pas été délivrés. Par la suite, le sergent Shotton ne s'est plus présenté au travail. Le 27 novembre 1996, il a envoyé une lettre au chef de police dans laquelle il a affirmé: [TRADUCTION] «Je retire par la présente ma lettre de démission datée du 12 novembre 1996». Le 2 décembre 1996, le chef de police lui a répondu par écrit qu'il n'acceptait par le retrait.

Dans une lettre envoyée au chef de police en date du 29 novembre 1996, le Syndicat a déposé un grief pour le compte du sergent Shotton. Le chef de police a entendu le grief le 23 janvier 1997 et l'a rejeté. Le Syndicat a interjeté appel de la décision devant l'appelant, le Board of Police Commissioners de la ville de Regina («Employeur»). L'Employeur a entendu l'appel et l'a rejeté. Subséquemment, le Syndicat a demandé que le grief soit soumis à l'arbitrage. Gene Anne Smith a été désignée comme l'arbitre chargée d'entendre et de juger le grief.

III. Les décisions des juridictions inférieures

L'Employeur a soulevé une objection préliminaire selon laquelle l'arbitre n'avait pas compétence pour statuer sur le grief parce que la question en litige n'était pas régie par la convention collective.

L'arbitre a examiné les dispositions pertinentes de *The Police Act* et de la convention collective. Elle a noté que l'article 8 de la convention collective, qui régit les griefs, prévoit que les dispositions de la convention collective relatives aux griefs ne sont pas censées être utilisées dans les cas où les dispositions de *The Police Act* et du Règlement s'appliquent. Abordant les dispositions de *The Police Act*, elle a signalé que la Partie IV de cette loi conjointement avec le Règlement prévoient un cadre procédural qui s'applique à la fois aux mesures disciplinaires et aux renvois pour manquement à la discipline, ainsi qu'aux cas d'inaptitude à exercer les fonctions de policier ou d'incompétence. Par contre, a-t-elle ajouté, la convention collective ne comporte aucune disposition limitant les motifs de renvoi d'un employé, et le grief ne fait intervenir directement ni l'une ni l'autre de ses dispositions.

The arbitrator concluded that there was no legislative intention, in relation to the provision of police services in Saskatchewan, to make arbitration under the collective agreement the exclusive forum for resolving employment issues. In her view, the legislature clearly intended that discipline and dismissal of a police officer for cause would be dealt with in accordance with the criteria and procedures set out in *The Police Act* and Regulations. Therefore, she concluded that the grievance and arbitration provisions of the collective agreement do not apply to such matters, and the proper and exclusive forum for resolving such disputes is provided in the statutory requirement for a hearing before either the Chief, an independent hearing officer, or the Saskatchewan Police Commission ("Commission"). The arbitrator noted that each of these adjudicators has specialized expertise in law enforcement matters.

The arbitrator turned to the essential character of the grievance before her to determine whether it fell within the scope of the collective agreement or within the provisions of *The Police Act* and Regulations. She rejected the Union's contention that the dispute was not about discipline or dismissal, but about whether Sgt. Shotton's resignation was valid. She emphasized that the resignation whose validity was at issue was tendered in a disciplinary context. To determine whether the resignation was valid would require an assessment of Sgt. Shotton's state of mind and of the reasonableness of his decision to tender his resignation. It would also require an assessment of the propriety of the actions of the Chief of Police in light of the statutorily mandated procedure to be followed in respect of disciplinary matters. The arbitrator found that none of these assessments could be made without considering the validity, strength and severity of the disciplinary charges that were being considered, or of the propriety of the Chief of Police's actions. These matters, however, related to internal discipline which is clearly within the expertise of the adjudicators provided for under *The Police Act* and Regulations. In her view, the issues raised were not governed by the

8
L'arbitre a conclu qu'il n'était aucunement dans l'intention du législateur, en ce qui concerne la prestation de services policiers en Saskatchewan, que l'arbitrage sous le régime de la convention collective constitue le mode exclusif de règlement des litiges liés à l'emploi. À son avis, le législateur voulait clairement que la discipline et le renvoi motivé d'un policier soient traités conformément aux critères et procédures établies dans *The Police Act* et le Règlement. Elle a donc conclu que les dispositions de la convention collective relatives aux griefs et à l'arbitrage ne s'appliquent pas à de telles causes, et que le tribunal approprié et exclusif pour statuer sur de tels litiges est prévu dans la loi, qui prescrit qu'une audience doit être tenue soit devant le chef, un agent d'audition indépendant ou la Saskatchewan Police Commission («Commission»). L'arbitre a noté que chacune de ces instances décisionnelles possède des compétences spécialisées dans les affaires relatives à la police.

9
L'arbitre s'est penchée sur l'essence du grief dont elle était saisie pour déterminer s'il était visé par la convention collective ou par les dispositions de *The Police Act* et du Règlement. Elle a rejeté la prétention du Syndicat selon laquelle le litige ne portait pas sur la discipline ou un renvoi, mais bien sur la validité de la démission du sergent Shotton. Elle a mis l'accent sur le fait que la démission dont la validité était en cause a été donnée dans un contexte disciplinaire. Une décision quant à la validité de la démission nécessiterait une évaluation de l'état d'esprit du sergent Shotton et du caractère raisonnable de sa décision de donner sa démission. Elle exigerait également une évaluation de la légitimité des mesures prises par le chef de police compte tenu de la procédure que la loi prescrit de suivre dans les affaires disciplinaires. L'arbitre a conclu que, pour effectuer ces évaluations, il fallait tenir compte de la validité, de la teneur et de la gravité des accusations d'infraction à la discipline examinées, ainsi que de la légitimité des mesures prises par le chef de police. Il s'agissait toutefois de questions de procédure interne, ce qui relève clairement de la compétence des instances décisionnelles prévues dans *The Police Act* et le Règlement. À son avis, les questions soulevées n'étaient

collective agreement and were not arbitrable. She thus declined to hear the grievance.

pas régies par la convention collective et n'étaient pas arbitrables. Elle a donc refusé d'entendre le grief.

10 Kyle J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench denied the Union's application for an order quashing the arbitrator's decision. He agreed in full with the reasons of the arbitrator.

Le juge Kyle de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté la demande du Syndicat sollicitant une ordonnance qui aurait annulé la décision de l'arbitre. Il a souscrit entièrement aux motifs de l'arbitre.

11 Jackson J.A., for the majority of the Saskatchewan Court of Appeal, disagreed with the analysis of the arbitrator and allowed the Union's appeal, finding that the arbitrator did have jurisdiction to hear and decide the grievance pursuant to the collective agreement: (1998), 163 D.L.R. (4th) 145.

Le juge Jackson, s'exprimant au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel de la Saskatchewan, n'a pas accepté l'analyse de l'arbitre et a accueilli l'appel du Syndicat, concluant que l'arbitre avait compétence pour entendre et juger le grief en application de la convention collective: (1998), 163 D.L.R. (4th) 145.

12 Jackson J.A. characterized the central issue in the appeal as being the determination of the means by which the validity of Sgt. Shotton's resignation could be tested. In her view, the primary difficulty with the arbitrator's conclusion was that there was no mechanism for Sgt. Shotton to have the validity of his resignation tested under *The Police Act*. She examined the provisions of *The Police Act* and determined that on a plain reading of the statute Sgt. Shotton had no right to appeal to a hearing officer. She noted that the only individuals who could bring a matter to a hearing officer were those charged with disciplinary offences, or those individuals who had been subject to an order for dismissal, demotion, suspension, or some other measure on the grounds of unsuitability or incompetence, with reasons communicated in writing by the Chief. Sgt. Shotton was not charged with a disciplinary offence. She also found that there was no evidence that the Chief of Police made an order and communicated it in writing to Sgt. Shotton.

Selon le juge Jackson, l'appel portait principalement sur la détermination des moyens de juger de la validité de la démission du sergent Shotton. À son avis, le problème principal de la conclusion de l'arbitre était que *The Police Act* ne prévoyait aucun mécanisme d'évaluation de la validité de la démission du sergent Shotton. Elle a examiné les dispositions de *The Police Act* et conclu que, suivant le sens ordinaire de la loi, le sergent Shotton n'avait aucun droit d'appel devant un agent d'audition. Elle a noté que seules les personnes accusées d'infractions à la discipline ou ayant fait l'objet d'une ordonnance de renvoi, de rétrogradation, de suspension, ou d'une autre mesure, pour cause d'inaptitude ou d'incompétence, assortie des motifs écrits de la décision du chef, pouvaient porter leur cause devant un agent d'audition. Le sergent Shotton n'a pas été inculqué d'une infraction à la discipline. Elle a également conclu que rien ne prouvait que le chef de police avait pris une ordonnance qu'il avait par la suite communiquée par écrit au sergent Shotton.

13 Jackson J.A. found that a hearing officer's or the Commission's jurisdiction is specifically articulated and based on the actions taken pursuant to the legislative provisions. In her view, when the actions taken by a chief of police are not provided for by the legislative provisions, *The Police Act* cannot apply, despite the fact that matters of disci-

Le juge Jackson a conclu que la compétence d'un agent d'audition ou de la Commission repose en particulier sur les mesures prises en vertu des dispositions législatives. À son avis, lorsque les mesures que prend un chef de police ne sont pas prévues dans les dispositions législatives, *The Police Act* ne peut pas s'appliquer, malgré le fait

pline and most matters of dismissal are exclusively governed by *The Police Act*.

Jackson J.A. proceeded to determine whether the arbitrator or the courts should take jurisdiction over the matter. She concluded that the jurisprudence of this Court confirmed that arbitration is the appropriate forum to resolve disputes which arise from the employment relationship. Since the issue of the validity of Sgt. Shotton's resignation arose in the employment context, the grievance procedure provided by the collective agreement was preferable to litigation before a court. The arbitrator's decision was quashed.

Vancise J.A., in dissent, disagreed with the majority's characterization of the issue on appeal. The fundamental issue, he found, was the jurisdiction of the arbitrator to hear the dispute, not the remedy that might be available to Sgt. Shotton. The central question, therefore, was whether the dispute between the parties arose out of the application, interpretation, administration or violation of the collective agreement. Vancise J.A. emphasized that it is not the legal characterization of the matter which is determinative of the issue, but whether the facts of the dispute fall within the ambit of the collective agreement. He also emphasized that members of the police force are governed by two regimes: the collective agreement governs the terms and conditions of employment for all matters except discipline, while *The Police Act* governs all matters of discipline including dismissal.

Vancise J.A. found that, following this Court's decisions in *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219*, [1986] 1 S.C.R. 704, *Weber v. Ontario Hydro*, [1995] 2 S.C.R. 929, and *New Brunswick v. O'Leary*, [1995] 2 S.C.R. 967, there were two steps to determining whether the arbitrator had jurisdiction to hear and decide Sgt. Shotton's grievance. The first step was to define the essential character of the dispute in the context of the facts.

que les affaires disciplinaires et la plupart des affaires de renvoi sont exclusivement régies par *The Police Act*.

Le juge Jackson s'est ensuite demandé si l'arbitre ou les tribunaux devraient exercer leur compétence dans l'affaire. Elle a conclu que la jurisprudence de notre Cour confirmait que l'arbitrage constituait le mode approprié de règlement des litiges qui découlent des relations du travail. Comme la question de la validité de la démission du sergent Shotton est survenue dans le contexte de l'emploi, la procédure de règlement des griefs prévue dans la convention collective était préférable au mode judiciaire de règlement des différends. La décision de l'arbitre a été annulée.

Le juge Vancise, dissident, n'a pas perçu la question soumise en appel de la même façon que les juges majoritaires. La question fondamentale, à son avis, portait sur la compétence de l'arbitre d'entendre le litige, et non pas sur le recours que pouvait intenter le sergent Shotton. La question centrale était donc de savoir si le litige entre les parties découlait de l'application, de l'interprétation, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective. Le juge Vancise a souligné que ce n'est pas la qualification de l'affaire sur le plan juridique, mais la réponse à la question de savoir si les faits du litige sont visés par la convention collective, qui est déterminante dans la présente affaire. Il a également fait ressortir que deux régimes régissent les membres du corps de police: la convention collective régit les conditions d'emploi dans tous les litiges, à l'exception de ceux relatifs à la discipline, alors que *The Police Act* régit tous les litiges relatifs à la discipline, y compris les renvois.

Le juge Vancise a conclu que, compte tenu des décisions de notre Cour dans *St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219*, [1986] 1 R.C.S. 704, *Weber c. Ontario Hydro*, [1995] 2 R.C.S. 929, et *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, [1995] 2 R.C.S. 967, il y avait deux étapes pour déterminer si l'arbitre avait compétence pour entendre et juger le grief du sergent Shotton. La première étape consistait à préciser l'essence du

14

15

16

The second step was to determine whether the dispute fell within the ambit or terms of the collective agreement. He found that the dispute clearly centred around discipline. There had been an internal investigation leading to a recommendation for formal charges. There had been notice of intention to initiate formal disciplinary proceedings. The matter was then resolved informally through resignation. The informal resolution of the disciplinary matter did not change the essential character of the dispute from a disciplinary matter to an employment matter.

17 Vancise J.A. found that *The Police Act* and Regulations set out a comprehensive code for the investigation and adjudication of disciplinary proceedings. There was no corresponding procedure in the collective agreement. He found, therefore, that the arbitrator did not have jurisdiction to consider the dispute.

18 With respect, I disagree with the reasons of the majority of the Court of Appeal. I agree in substance with the reasons of Vancise J.A. in dissent. The arbitrator was correct in finding that she did not have jurisdiction to hear this dispute.

IV. Legislation

19 *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01

60(1) Where, in the opinion of the chief, a member has:

- (a) been convicted of an offence pursuant to:
 - (i) the *Criminal Code* (Canada), as amended from time to time;
 - (ii) any other Act of the Parliament of Canada; or
 - (iii) any Act;

that may render the member unsuitable for police service;

(b) conducted himself or herself in a manner that, despite remedial efforts, renders the member unsuitable for police service or establishes the member as incompetent for police service;

litige dans le contexte des faits. La seconde consistait à déterminer si le litige était visé par la convention collective. Il était d'avis qu'il portait clairement sur la discipline. Il y avait eu une enquête interne qui a mené à une recommandation pour que soient portées des accusations. Il y avait eu un avis d'intention d'intenter des procédures disciplinaires. L'affaire a ensuite été réglée de manière informelle par suite d'une démission. Le règlement informel de ce litige disciplinaire n'en a pas modifié l'essence; autrement dit, il n'a pas changé une affaire disciplinaire en une affaire relative à l'emploi.

Selon le juge Vancise, *The Police Act* et le Règlement établissaient un code complet régissant l'enquête relative aux procédures disciplinaires et au règlement de celles-ci. Il n'y avait aucune procédure correspondante dans la convention collective. Il a donc déterminé que l'arbitre n'avait pas compétence pour examiner le litige.

En toute déférence, je suis en désaccord avec les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel. Je souscris sur le fond aux motifs de dissidence du juge Vancise. L'arbitre a eu raison de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour entendre le litige.

IV. Les dispositions législatives applicables

The Police Act, 1990, S.S. 1990-91, ch. P-15.01

[TRADUCTION]

60(1) Lorsqu'à son avis, un membre:

- a) a été déclaré coupable d'une infraction susceptible de le rendre inapte à exercer les fonctions de policier en application de l'une ou l'autre des lois suivantes:
 - (i) le *Code criminel* (Canada), dans sa version modifiée;
 - (ii) toute autre loi fédérale;
 - (iii) toute loi;

b) s'est conduit d'une manière qui, malgré les efforts déployés pour y remédier, le rend inapte à exercer les fonctions de policier ou incompetent à cet égard;

the chief may, on the grounds of the unsuitability or incompetence of the member:

- (c) order dismissal of the member;
- (d) order demotion of the member;
- (e) order suspension of the member with or without pay for a period of up to 60 days;
- (f) order a period of probation or close supervision of the member;
- (g) order the member to undergo counselling, treatment or training;
- (h) issue a reprimand to the member;
- (i) make any order he or she deems fit; or
- (j) do any combination of the things mentioned in clauses (c) to (i).

(2) Where the chief has made an order pursuant to subsection (1), the chief shall immediately give notice in writing to the member of the basis for that decision.

(3) Where a collective bargaining agreement provides a procedure for terminating the services of a member for reasons other than those provided in this Part, that procedure shall be used for terminating the services of a member for the reasons provided in the collective bargaining agreement.

61(1) Within 30 days after the day on which a member is given notice of a decision of a chief pursuant to section 60, the member may appeal that decision to a hearing officer.

66 Within 30 days after the day on which a member is informed of a decision pursuant to section 65, the member or the chief may apply to the commission for permission to appeal the decision pursuant to section 69.

69(1) A person entitled to apply to the commission for permission to appeal shall serve on the commission a notice of application for permission to appeal all or part of the decision to the commission.

(4) The commission shall grant permission to appeal where:

- (a) the investigator seeks permission to appeal on the investigator's own behalf or on behalf of a complainant;

le chef peut, pour des motifs d'inaptitude ou d'incompétence:

- c) ordonner son renvoi;
- d) ordonner sa rétrogradation;
- e) ordonner sa suspension avec ou sans salaire pendant une période d'au plus 60 jours;
- f) lui imposer une période de probation ou le soumettre à une surveillance stricte;
- g) lui ordonner de consulter un service de counseling, de subir un traitement ou de recevoir une formation;
- h) le réprimander;
- i) prendre toute ordonnance qu'il estime juste;
- j) lui infliger une combinaison des sanctions mentionnées aux alinéas c) à i).

(2) Lorsqu'il a rendu une ordonnance aux termes du paragraphe (1), le chef avise immédiatement le membre par écrit du fondement de sa décision.

(3) Lorsque la convention collective prévoit une procédure applicable à la cessation des services d'un membre pour des motifs autres que ceux qui sont visés par la présente partie, la cessation des services s'effectue conformément à la procédure et aux motifs prévus dans la convention collective.

61(1) Dans les 30 jours de la transmission de l'avis d'une décision du chef rendue en application de l'article 60, le membre peut interjeter appel de la décision devant un agent d'audition.

66 Dans les 30 jours de la transmission d'une décision rendue en application de l'article 65, le membre ou le chef peut demander à la commission l'autorisation d'interjeter appel de la décision en application de l'article 69.

69(1) Toute personne ayant le droit de demander l'autorisation d'interjeter appel devant la commission doit signifier à celle-ci un avis de demande d'autorisation d'appel de tout ou partie de la décision.

(4) La commission accorde l'autorisation d'appel dans l'un ou l'autre des cas suivants:

- a) l'enquêteur demande l'autorisation d'interjeter appel en son propre nom ou au nom du plaignant;

(b) the decision affecting the member or chief seeking an appeal imposes:

- (i) dismissal; or
- (ii) a demotion in rank;

(c) after considering:

- (i) the notice of application;
- (ii) the record; and
- (iii) any other information the commission considers necessary;

the commission has concerns regarding the thoroughness or fairness of the investigation or hearing;

(d) in the opinion of the commission, the disciplinary action imposed may not be comparable to disciplinary action imposed with respect to similar proceedings; or

(e) there are any other grounds that the commission considers appropriate.

b) la décision touchant le membre ou le chef qui interjette appel inflige l'une ou l'autre des sanctions suivantes:

- (i) un renvoi,
- (ii) une rétrogradation;

c) la commission a des préoccupations au sujet de la rigueur ou de l'impartialité de l'enquête ou de l'audience après avoir examiné à la fois:

- (i) l'avis de demande,
- (ii) le dossier,
- (iii) tout autre renseignement qu'elle estime nécessaire;

d) de l'avis de la commission, la mesure disciplinaire infligée ne peut pas être comparée aux mesures disciplinaires infligées dans des procédures semblables;

e) il existe un autre motif d'appel que la commission estime approprié.

The Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17

25(1) All differences between the parties to a collective bargaining agreement or persons bound by the collective bargaining agreement or on whose behalf the collective bargaining agreement was entered into respecting its meaning, application or alleged violation, including a question as to whether a matter is arbitrable, are to be settled by arbitration after exhausting any grievance procedure established by the collective bargaining agreement.

V. The Collective Agreement

20

ARTICLE 8 — GRIEVANCES AND DISPUTES

The provisions of this Article are not intended to be utilized in any circumstances where the provisions of the Saskatchewan Police Act and Regulations thereunder apply.

ARTICLE 9 — TERMINATION OF SERVICE

(a) (i) Notwithstanding the times at which or the manner in which an employee is paid, every permanent employee shall be entitled, and subject to Article

The Trade Union Act, R.S.S. 1978, ch. T-17

[TRANSDUCTION]

25(1) Tout différend qui surgit entre les parties à une convention collective, entre les personnes liées par celle-ci ou entre les personnes pour le compte desquelles elle a été conclue, et qui porte sur le sens, l'application ou une inexécution alléguée de cette convention, y compris la question de savoir si une affaire est arbitrable, doit être réglé par voie d'arbitrage après que toutes les procédures de règlement des griefs établies dans la convention collective ont été épuisées.

V. La convention collective

[TRANSDUCTION]

ARTICLE 8 — GRIEFS ET LITIGES

Les dispositions du présent article ne sont pas censées être utilisées dans les cas où les dispositions de la Police Act de la Saskatchewan et de son règlement d'application s'appliquent.

ARTICLE 9 — CESSATION DES SERVICES

a) (i) Indépendamment de sa période de rémunération et de la manière dont il est payé, tout employé permanent a le droit, sous réserve de l'article 8 susmen-

eight (8) hereof, to receive two (2) weeks' written notice that his/her services are no longer required and, in turn, each employee shall be required to give two (2) weeks written notice of his/her intention to terminate his/her employment with the Board.

tionné, de recevoir un préavis écrit de deux (2) semaines selon lequel ses services ne sont plus requis et, en contrepartie, tout employé est tenu de donner un préavis de deux (2) semaines de son intention de mettre fin à son emploi auprès du Conseil.

(b) Where, in the opinion of the Chief of Police, the conduct of a civilian employee is such as to warrant dismissal, the civilian employee shall not be dismissed but shall be suspended pending such dismissal and the suspension shall be confirmed, in writing. Immediately following such suspension, the Chief of Police shall notify the Association and the Board of Police Commissioners, outlining, in writing, the reasons for the suspension and pending dismissal. The Association shall, upon receipt of such notice, have the right to appeal to the Board against the suspension and pending dismissal, in accordance with the procedures set forth in Article (8) of this Agreement.

b) L'employé civil qui, de l'avis du chef de police, a une conduite telle qu'un renvoi est justifié ne doit pas être renvoyé; il doit plutôt être suspendu jusqu'à son renvoi et la suspension doit être confirmée par écrit. Immédiatement après la suspension, le chef de police doit en aviser l'Association et le Board of Police Commissioners et indiquer, par écrit, les motifs de la suspension et du renvoi à venir. Sur réception de cet avis, l'Association peut interjeter appel devant le Conseil contre la suspension et le renvoi à venir, conformément aux procédures établies à l'article 8 de la présente Convention.

VI. Analysis

The issue in this appeal is whether the dispute between Sgt. Shotton and the Employer arises out of the collective agreement. If it does, the arbitrator had jurisdiction to hear and decide the dispute, and was incorrect in refusing to do so. This Court's decision in *Weber, supra*, provides the test for determining this question.

In *Weber*, this Court was asked to determine when employees and employers are precluded from resolving their disputes in the courts by a legislative scheme providing for binding arbitration of all disputes relating to their collective agreement. McLachlin J., for the majority of the Court, accepted the exclusive jurisdiction model for determining the appropriate forum for resolving a dispute that arises in an employment context. Pursuant to the exclusive jurisdiction model, if a difference between the parties arises from the interpretation, application, administration or violation of their collective agreement, the claimant must proceed by arbitration, absent a mutually agreed settlement. No other forum has the power

VI. Analyse

Il s'agit en l'espèce de déterminer si le litige opposant le sergent Shotton et l'Employeur relève de la convention collective. Dans l'affirmative, l'arbitre avait compétence pour entendre et juger le litige et elle a eu tort de refuser de le faire. L'arrêt *Weber*, précité, de notre Cour énonce le critère pour répondre à cette question.

Dans *Weber*, notre Cour a été appelée à déterminer dans quels cas un régime législatif prévoyant l'arbitrage exécutoire de tous les différends relatifs à une convention collective empêche les employés et les employeurs liés par cette convention de régler leurs différends devant les tribunaux. Le juge McLachlin, au nom de la majorité, a accepté le modèle de la compétence exclusive pour déterminer quel est le tribunal approprié pour régler un différend qui survient dans un contexte d'emploi. Suivant le modèle de la compétence exclusive, si un différend qui oppose les parties découle de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de leur convention collective, le demandeur doit avoir recours à l'arbitrage, à défaut de règlement mutuellement convenu. Aucun autre tribunal n'a le pouvoir d'entendre une action

21

22

to entertain an action in respect of that dispute: see *Weber*, at paras. 50-54.

23

In accepting the exclusive jurisdiction model, McLachlin J. rejected the concurrent model, which stated that where an action is recognized by the common law or by statute, it may be heard by a court, notwithstanding that it arises in the labour relations context. Pursuant to this model, the collective agreement cannot deprive a court of its traditional jurisdiction. McLachlin J. also rejected the model of overlapping jurisdiction. This model envisions that courts can retain jurisdiction over those issues which go beyond the traditional subject matter of labour law, notwithstanding that the facts of the dispute arise out of the collective agreement. The rationale for rejecting these two models was expressed by Estey J., for the Court, in *St. Anne Nackawic*, *supra*, at pp. 718-19, and adopted by McLachlin J. in *Weber*, *supra*, at para. 41, as follows:

The collective agreement establishes the broad parameters of the relationship between the employer and his employees. This relationship is properly regulated through arbitration and it would, in general, subvert both the relationship and the statutory scheme under which it arises to hold that matters addressed and governed by the collective agreement may nevertheless be the subject of actions in the courts at common law. . . . The more modern approach is to consider that labour relations legislation provides a code governing all aspects of labour relations, and that it would offend the legislative scheme to permit the parties to a collective agreement, or the employees on whose behalf it was negotiated, to have recourse to the ordinary courts which are in the circumstances a duplicative forum to which the legislature has not assigned these tasks.

Therefore, in determining whether an adjudicative body has jurisdiction to hear a dispute, a decision-maker must adhere to the intention of the legislature as set out in the legislative scheme, or schemes, governing the parties.

24

While McLachlin J. embraced the exclusive jurisdiction model, she emphasized that the existence of an employment relationship, *per se*, does not grant an arbitrator the jurisdiction to hear or

relativement à ce litige: voir *Weber*, précité, aux par. 50 à 54.

En acceptant le modèle de la compétence exclusive, le juge McLachlin a rejeté le modèle de la concomitance, selon lequel l'action reconnue en common law ou par la loi peut être entendue par un tribunal, peu importe qu'elle se pose dans le contexte des relations du travail. Conformément à ce modèle, la convention collective ne peut pas déposséder un tribunal de sa compétence traditionnelle. Le juge McLachlin a également rejeté le modèle du chevauchement de compétence. Selon ce modèle, les tribunaux peuvent conserver leur compétence quant aux questions qui débordent l'objet traditionnel du droit du travail, même si les faits du litige découlent de la convention collective. Le raisonnement suivi pour rejeter ces deux modèles a été énoncé par le juge Estey, au nom de la Cour, dans *St. Anne Nackawic*, précité, aux pp. 718 et 719, et adopté par le juge McLachlin dans *Weber*, précité, au par. 41:

La convention collective établit les grands paramètres du rapport qui existe entre l'employeur et ses employés. Ce rapport est ajusté d'une manière appropriée par l'arbitrage et, en général, ce serait bouleverser et le rapport et le régime législatif dont il découle que de conclure que les questions visées et régies par la convention collective peuvent néanmoins faire l'objet d'actions devant les tribunaux en *common law*. [...] L'attitude plus moderne consiste à considérer que les lois en matière de relations de travail prévoient un code régissant tous les aspects des relations de travail et que l'on porterait atteinte à l'économie de la loi en permettant aux parties à une convention collective ou aux employés pour le compte desquels elle a été négociée, d'avoir recours aux tribunaux ordinaires qui sont dans les circonstances une juridiction faisant double emploi à laquelle la législature n'a pas attribué ces tâches.

Par conséquent, pour déterminer si elle a compétence pour entendre un litige, l'instance décisionnelle doit se conformer à l'intention du législateur énoncée dans le ou les textes législatifs régissant les parties.

Bien que le juge McLachlin ait adopté le modèle de la compétence exclusive, elle a souligné que l'existence d'une relation d'emploi en soi n'accorde pas à l'arbitre la compétence d'entendre et

decide a dispute. Only those disputes which expressly or inferentially arise out of the collective agreement are foreclosed to the courts: see *Weber*, at para. 54.

To determine whether a dispute arises out of the collective agreement, we must therefore consider two elements: the nature of the dispute and the ambit of the collective agreement. In considering the nature of the dispute, the goal is to determine its essential character. This determination must proceed on the basis of the facts surrounding the dispute between the parties, and not on the basis of how the legal issues may be framed: see *Weber*, *supra*, at para. 43. Simply, the decision-maker must determine whether, having examined the factual context of the dispute, its essential character concerns a subject matter that is covered by the collective agreement. Upon determining the essential character of the dispute, the decision-maker must examine the provisions of the collective agreement to determine whether it contemplates such factual situations. It is clear that the collective agreement need not provide for the subject matter of the dispute explicitly. If the essential character of the dispute arises either explicitly, or implicitly, from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement, the dispute is within the sole jurisdiction of an arbitrator to decide: see, e.g., *Weber*, at para. 54; *New Brunswick v. O'Leary*, *supra*, at para. 6.

Before proceeding to an analysis of the ambit of the collective agreement, it is important to recognize that in *Weber* this Court was asked to choose between arbitration and the courts as the two possible forums for hearing the dispute. In the case at bar, *The Police Act* and Regulations form an intervening statutory regime which also governs the relationship between the parties. As I have stated above, the rationale for adopting the exclusive jurisdiction model was to ensure that the legislative scheme in issue was not frustrated by the conferral of jurisdiction upon an adjudicative body that was not intended by the legislature. The question, therefore, is whether the legislature intended this dispute to be governed by the collective agreement or *The Police Act* and Regulations. If neither

de juger un litige. Seuls les litiges qui résultent expressément ou implicitement de la convention collective échappent aux tribunaux: voir *Weber*, au par. 54.

Pour déterminer si un litige résulte de la convention collective, nous devons donc tenir compte de deux aspects: la nature du litige et le champ d'application de la convention collective. L'examen de la nature du litige vise à en déterminer l'essence. Cette détermination s'effectue compte tenu non pas de la façon dont les questions juridiques peuvent être formulées, mais des faits entourant le litige qui oppose les parties: voir *Weber*, précité, au par. 43. Après en avoir examiné le contexte factuel, l'instance décisionnelle doit tout simplement déterminer si l'essence du litige concerne une matière visée par la convention collective. Après avoir établi l'essence du litige, l'instance décisionnelle doit examiner les dispositions de la convention collective afin de déterminer si elle prévoit des situations factuelles de ce genre. Il est clair qu'il n'est pas nécessaire que la convention collective prévoie l'objet du litige de façon explicite. Si l'essence du litige découle expressément ou implicitement de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective, l'arbitre a compétence exclusive pour statuer sur le litige: voir, par exemple, *Weber*, au par. 54; *Nouveau-Brunswick c. O'Leary*, précité, au par. 6.

Avant d'analyser le champ d'application de la convention collective, il importe de reconnaître que, dans l'arrêt *Weber*, notre Cour a été appelée à choisir qui des arbitres ou des tribunaux a compétence pour entendre le litige. En l'espèce, *The Police Act* et le Règlement forment un autre régime législatif qui régit également les rapports entre les parties. Comme je l'ai mentionné précédemment, le modèle de la compétence exclusive a été adopté afin de garantir que l'attribution de compétence à une instance décisionnelle que n'avait pas envisagée le législateur ne porte pas atteinte au régime législatif en cause. Il faut donc se demander si le législateur a voulu que le présent litige soit régi par la convention collective ou par *The Police Act* et le Règlement. Lorsque ni l'ar-

the arbitrator, nor the Commission have jurisdiction to hear the dispute, a court would possess residual jurisdiction to resolve the dispute. I agree with Vancise J.A. that the approach described in *Weber* applies when it is necessary to decide which of the two competing statutory regimes should govern a dispute.

27 Section 25(1) of *The Trade Union Act* requires that all differences between the parties to a collective agreement regarding its meaning, application or alleged violation are to be settled by arbitration. On the other hand, Article 8 of the collective agreement emphasizes that those disputes that fall within the ambit of *The Police Act* and Regulations are not arbitrable. The task, therefore, is to determine whether the essential character of the dispute between Sgt. Shotton and the appellant falls within the ambit of the collective agreement, or whether it falls within the statutory scheme set out in *The Police Act* and Regulations.

28 The Union contends that the essential character of the dispute in the case at bar is not disciplinary. It contends that the dispute is one in which an officer is alleging that his resignation was secured from him under duress, in circumstances in which he was not capable of exercising proper judgment. It contends that the issue in this case is properly characterized as a dispute between the parties over the validity of a resignation. Resignation is a matter that can only arise out of the employment relationship. The Union finds support for this contention in Article 9 of the collective agreement, which provides for notice in the event that either an employee or the employer terminates the employment relationship.

29 With respect, I disagree with the Union's interpretation of the essential character of the dispute in this case. To determine the essential character of the dispute, we must examine the factual context in which it arose, not its legal characterization. I agree with Vancise J.A. that, in light of the agreed statement of facts, this dispute clearly centres on discipline. The dispute began when Sgt. Shotton was advised that he would be charged with discreditable conduct pursuant to the Regulations. He was also told that the Chief of Police intended

bitre ni la Commission n'ont compétence pour entendre le litige, les tribunaux possèdent une compétence résiduelle pour régler le litige. Tout comme le juge Vancise, j'estime que le modèle décrit dans *Weber* s'applique quand il faut déterminer lequel de deux régimes législatifs concurrents devrait régir le litige.

En vertu du par. 25(1) de *The Trade Union Act*, tout différend qui surgit entre les parties à une convention collective et qui porte sur le sens, l'application ou l'inexécution alléguée de cette convention doit être réglé par voie d'arbitrage. Par ailleurs, l'article 8 de la convention collective précise que les litiges visés par *The Police Act* et le Règlement ne sont pas arbitrables. Il s'agit donc de déterminer si l'essence du litige opposant le sergent Shotton et l'appelant relève de la convention collective ou si elle est visée par le régime législatif établi dans *The Police Act* et le Règlement.

Le Syndicat prétend que l'essence du litige en l'espèce n'est pas disciplinaire. Il soutient que, dans la présente affaire, un agent allègue qu'il a donné sa démission sous la contrainte, dans des circonstances dans lesquelles il n'était pas en mesure de bien exercer son jugement. Il maintient que la question en l'espèce est qualifiée à bon droit de litige opposant les parties quant à la validité d'une démission. Une démission peut uniquement résulter d'une relation d'emploi. Le Syndicat fonde cette allégation sur l'article 9 de la convention collective, qui prévoit qu'un préavis doit être donné dans le cas où l'employé ou l'employeur met fin à la relation d'emploi.

En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec l'interprétation que le Syndicat donne à l'essence du litige en l'espèce. Pour déterminer l'essence du litige, nous devons examiner le contexte factuel dans lequel il est né, et non pas sa qualification sur le plan juridique. Je conviens avec le juge Vancise que, selon l'exposé conjoint des faits, le présent litige porte clairement sur la discipline. Le litige a commencé quand le sergent Shotton a été informé qu'il serait inculpé de conduite déshonorante aux termes du Règlement. Il a également été avisé que

to initiate disciplinary proceedings with a view to dismissal. Some time later, Sgt. Shotton was informed by the Chief of Police that discipline orders would be signed if notices of formal discipline proceedings were successful. It was in this factual context that Sgt. Shotton was given the option of resigning rather than being disciplined. I agree with Vancise J.A. that the informal resolution of this disciplinary matter did not change its essential character.

I turn now to the collective agreement to determine whether the dispute falls within the ambit of its provisions. In determining whether the dispute falls within the ambit of the collective agreement, we must bear in mind that the legislature intended that the members of the Regina Police Force be governed by two separate schemes, the collective agreement and *The Police Act* and Regulations. In determining whether the dispute is arbitrable, we cannot interpret the collective agreement in a manner that would offend the legislative scheme set out in *The Police Act* and Regulations. The provisions of the collective agreement, therefore, must be interpreted in light of the scheme set out in *The Police Act* and Regulations. This is recognized in Article 8 of the collective agreement itself, which emphasizes that the collective agreement is not intended to be utilized in any circumstances where the provisions of *The Police Act* and Regulations apply. Article 9 of the collective agreement deals with termination, but provides only for the notice requirements for dismissal or retirement of permanent employees, dismissal of civilian employees, and notice requirements in the event that the entire force be replaced. The collective agreement does not govern dismissal for cause. In addition, there are no provisions in the collective agreement which provide for the investigation or adjudication of disciplinary matters involving members of the police force.

As Vancise J.A. outlined extensively in his dissent, both *The Police Act* and the Regulations specifically address the procedural issues at the investigative, adjudicative and appeal stages of a

le chef de police avait l'intention d'intenter des procédures disciplinaires en vue de son renvoi. Quelque temps après, le chef de police a informé le sergent Shotton que des ordonnances disciplinaires seraient signées si on donnait suite aux avis d'intention d'intenter des procédures disciplinaires. C'est dans ce contexte factuel que le sergent Shotton s'est vu offrir la possibilité de démissionner plutôt que de faire l'objet de mesures disciplinaires. Je conviens avec le juge Vancise que le règlement informel de cette affaire disciplinaire n'en a pas modifié l'essence.

Je passe maintenant à l'examen de la convention collective afin de déterminer si le litige est visé par ses dispositions. Pour examiner cette question, nous devons garder à l'esprit que le législateur voulait que les membres du corps de police de Regina soient régis par deux régimes distincts, soit la convention collective, ainsi que *The Police Act* et le Règlement. Pour déterminer si le litige est arbitrable, nous ne pouvons pas interpréter la convention collective d'une manière qui porterait atteinte au régime législatif établi dans *The Police Act* et le Règlement. Les dispositions de la convention collective doivent donc être interprétées eu égard au régime établi dans *The Police Act* et le Règlement. Cela est reconnu à l'article 8 de la convention collective même, dans lequel il est précisé que la convention collective n'est pas censée être utilisée dans les cas où les dispositions de *The Police Act* et du Règlement s'appliquent. L'article 9 de la convention collective porte sur la cessation des services, mais prévoit uniquement les exigences de préavis en cas de renvoi ou de retraite d'employés permanents, de renvoi d'employés civils et de remplacement de l'ensemble du corps de police. La convention collective ne régit pas le renvoi motivé. En outre, elle ne comporte aucune disposition prévoyant l'examen et le règlement d'affaires disciplinaires mettant en cause des membres du corps policier.

Comme le juge Vancise l'a indiqué de façon détaillée dans sa dissidence, *The Police Act* et le Règlement traitent expressément des questions procédurales soulevées aux étapes d'enquête, de

disciplinary process. The detailed provisions in the legislative scheme governing disciplinary matters are a clear indication that the legislature intended to provide a complete code within *The Police Act* and Regulations for the resolution of disciplinary matters involving members of the police force. This is reflective of a well-founded public policy that police boards shall have the exclusive responsibility for maintaining an efficient police force in the community. The ability to discipline members of the force is integral to this role. Accordingly, no discretion exists to select another legal mechanism, such as arbitration, to proceed against a police officer in respect of a disciplinary matter: see, e.g., *Re Proctor and Sarnia Board of Commissioners of Police* (1979), 99 D.L.R. (3d) 356 (Ont. C.A.), at p. 371 (*per* Wilson J.A. in dissent), majority reversed, [1980] 2 S.C.R. 727; P. Ceysens, *Legal Aspects of Policing* (loose-leaf), at p. 5-2. Generally, when both parties agree that it is appropriate, a resignation is an acceptable means of resolving a disciplinary dispute. However, where a mutually agreed settlement is impossible, both parties to the dispute must resort to the disciplinary procedures provided under the collective agreement and/or the legislation governing their labour relationship. These procedures are meant to be all-inclusive in order to ensure certainty and fairness when the parties cannot reach a negotiated agreement.

décision et d'appel d'une procédure disciplinaire. Les dispositions détaillées du régime législatif qui régit les affaires disciplinaires indiquent clairement que le législateur voulait que *The Police Act* et le Règlement constituent un code complet pour le règlement des affaires disciplinaires mettant en cause des membres du corps policier. Cela reflète une politique gouvernementale légitime selon laquelle les commissions de police doivent avoir la responsabilité exclusive du maintien d'un corps de police efficient dans la collectivité. Le pouvoir d'imposer des mesures disciplinaires aux membres du corps policier fait partie intégrante de ce rôle. Par conséquent, il n'existe aucun pouvoir discrétionnaire de choisir un autre mécanisme juridique, tel que l'arbitrage, pour poursuivre un policier relativement à une affaire disciplinaire: voir, par exemple, *Re Proctor and Sarnia Board of Commissioners of Police* (1979), 99 D.L.R. (3d) 356 (C.A. Ont.), à la p. 371 (le juge Wilson, dissidente), décision de la majorité infirmée, [1980] 2 R.C.S. 727; P. Ceysens, *Legal Aspects of Policing* (feuilles mobiles), à la p. 5-2. En règle générale, quand les deux parties en conviennent, la démission est un moyen acceptable de régler un litige relevant d'une question de discipline. Toutefois, s'il est impossible d'en venir à une entente, les deux parties au litige doivent recourir aux procédures disciplinaires prévues dans la convention collective ou dans les mesures législatives régissant leurs relations du travail, ou dans les deux. Ces procédures sont censées être globales, de façon à assurer un degré de certitude et d'équité quand les parties ne parviennent pas à une entente négociée.

32

Having examined the ambit of the collective agreement, and of *The Police Act* and Regulations, it is clear that the dispute between Sgt. Shotton and the Employer did not arise, either explicitly or inferentially, from the interpretation, application, administration or violation of the collective agreement. The essential character of the dispute was disciplinary, and the legislature intended for such disputes to fall within the ambit of *The Police Act* and Regulations. As a result, I agree with Vancise J.A. that the arbitrator did not have jurisdiction to hear and decide this matter.

Ayant examiné le champ d'application de la convention collective ainsi que de *The Police Act* et du Règlement, il est clair que le litige opposant le sergent Shotton et l'employeur ne découlait pas, expressément ou implicitement, de l'interprétation, de l'application, de l'administration ou de l'inexécution de la convention collective. Le litige était essentiellement disciplinaire, et le législateur a voulu que de tels litiges soient régis par *The Police Act* et le Règlement. En conséquence, je conviens avec le juge Vancise que l'arbitre n'avait pas compétence pour entendre et juger la présente affaire.

Jackson J.A., for the majority of the Court of Appeal, found that the dispute in the case at bar must fall within the ambit of the collective agreement, because Sgt. Shotton had no means of complaining under *The Police Act*. In her view, the Chief of Police did not make an order for Sgt. Shotton's dismissal, nor did he give written reasons for his decision to Sgt. Shotton. In her opinion, pursuant to ss. 60 and 61 of *The Police Act*, these are preconditions to an appeal before a hearing officer, and then the Commission. While it is not necessary to decide the issue in this appeal, with respect I disagree with her interpretation of *The Police Act* in the context of this dispute.

The underlying rationale for the approach to determining jurisdiction set out in *Weber, supra*, was based, in part, on the recognition that it would do violence to a comprehensive statutory scheme, designed to govern all aspects of the relationship between parties in a labour relations setting, to allow disputes to be heard in a forum other than that specified in the scheme: see, e.g., *St. Anne Nackawic, supra*, at p. 721; *Weber*, at para. 46. Consistent with this rationale, McLachlin J. advocated a more liberal interpretation of the scheme governing the relationship between the parties, emphasizing that a dispute could arise either expressly or inferentially from that scheme. While in *Weber* the statutory scheme in issue was the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2, in my view the same rationale applies in the case at bar. Here, the legislature has shown its intention to have all matters relating to discipline governed by *The Police Act* and Regulations. It has attempted to provide a comprehensive scheme for both the investigation and adjudication of such disputes. As a result, we must avoid formalistic interpretations of the provisions that would deny the Commission jurisdiction where it was clearly the intention of the legislature that the Commission hear the dispute.

In *Weber*, McLachlin J. emphasized that disputes which either expressly or inferentially arise

Le juge Jackson, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, a conclu que le litige en l'espèce devait être régi par la convention collective parce que *The Police Act* ne permettait pas au sergent Shotton de déposer une plainte. À son avis, le chef de police n'avait pas pris d'ordonnance visant le renvoi du sergent Shotton et ne lui avait pas donné les motifs écrits de sa décision. Selon elle, les art. 60 et 61 de *The Police Act* prévoient que ces conditions doivent être remplies avant qu'un agent d'audition et ensuite la Commission puissent entendre un appel. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de trancher la question dans le cadre du présent pourvoi, en toute déférence, je ne suis pas d'accord avec son interprétation de *The Police Act* dans le contexte du présent litige.

Le raisonnement qui sous-tend le modèle adopté dans l'arrêt *Weber*, précité, pour déterminer l'instance décisionnelle compétente, était fondé, en partie, sur la reconnaissance que le fait de permettre que des litiges soient entendus par un tribunal autre que celui que prévoit un régime législatif complet destiné à régir tous les aspects des rapports entre les parties dans le cadre des relations du travail porterait atteinte à ce régime: voir, par exemple, *St. Anne Nackawic*, précité, à la p. 721; *Weber*, précité, au par. 46. Conformément à ce raisonnement, le juge McLachlin a préconisé une interprétation plus libérale du régime régissant le rapport entre les parties, soulignant qu'un litige pouvait découler expressément ou implicitement de ce régime. Même si le régime législatif en question dans l'arrêt *Weber* était la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1990, ch. L.2, le même raisonnement s'applique à mon avis dans la présente affaire. En l'espèce, le législateur a démontré l'intention d'assujettir toutes les questions de discipline à *The Police Act* et au Règlement. Il a tenté d'établir un régime complet pour l'examen et le règlement de ces litiges. En conséquence, nous devons éviter de donner aux dispositions des interprétations formalistes qui priveraient la Commission de sa compétence alors que le législateur a clairement voulu qu'elle entende le litige.

Dans *Weber*, le juge McLachlin a souligné qu'un arbitre devait entendre les litiges qui résultent

from the collective agreement should be heard by an arbitrator. As a result, an arbitrator may seize jurisdiction of a dispute even when the factual context of that dispute extends beyond what was expressly provided for in the collective agreement, to include what is inferentially provided. It is whether the subject matter of the dispute expressly or inferentially is governed by the collective agreement that is determinative. As I have stated above, this approach applies equally in determining whether the Commission has jurisdiction to hear the dispute in the case at bar. Therefore, even if *The Police Act* and Regulations do not expressly provide for the type of disciplinary action that was taken in the case at bar, the action may still arise inferentially from the disciplinary scheme which the legislature has provided.

tent expressément ou implicitement de la convention collective. Un arbitre peut donc connaître d'un litige même lorsque le contexte factuel de celui-ci s'étend au-delà de ce que prévoit expressément la convention collective et comprend ce qui y est implicitement prévu. C'est la réponse à la question de savoir si l'objet du litige est expressément ou implicitement régi par la convention collective qui est déterminante. Comme je l'ai mentionné précédemment, ce modèle s'applique également pour déterminer si la Commission est compétente pour entendre le litige en l'espèce. Par conséquent, même si *The Police Act* et le Règlement ne prévoient pas expressément le type de mesure disciplinaire qui a été prise en l'espèce, celle-ci peut néanmoins relever implicitement du régime disciplinaire qu'a prévu le législateur.

36

Upon examining ss. 60, 61, 66 and 69 of *The Police Act*, it is clear that the legislature intended that hearing officers and, if necessary, the Commission, would hear all appeals arising from the dismissal of members of the police force. In my view, the fact that a member may not be subject to an order for dismissal is not sufficient to deprive the Commission of this jurisdiction. In addition, the fact that the Chief of Police may not have followed the procedural requirement that he provide written reasons for his decision is not sufficient to deprive the Commission of jurisdiction. The essential character of the dispute remained a disciplinary one, even if the Chief of Police did not follow the specific scheme in imposing a punishment. While it is not necessary in this case to decide whether the actions of the Chief of Police in refusing to accept Sgt. Shotton's withdrawal of his resignation amounted to a dismissal, *The Police Act* must be interpreted liberally, to ensure that all forms of dismissal, including constructive dismissal, may be appealed to the adjudicative body designated by the legislature. In *Weber, supra*, at para. 73, McLachlin J. summarized the conduct of the employer, as follows:

Un examen des art. 60, 61, 66 et 69 de *The Police Act* montre clairement que le législateur voulait que les agents d'audition et, s'il y a lieu, la Commission, entendent tous les appels découlant du renvoi de membres du corps de police. À mon avis, le fait qu'un membre puisse ne pas faire l'objet d'une ordonnance de renvoi n'est pas suffisant pour priver la Commission de sa compétence. En outre, le fait que le chef de police a pu ne pas se conformer à l'exigence procédurale selon laquelle il doit motiver sa décision par écrit n'est pas suffisant pour priver la Commission de sa compétence. L'essence du litige est demeurée disciplinaire, même si le chef de police ne s'est pas conformé au régime exprès en infligeant une sanction. Bien qu'il ne soit pas nécessaire en l'espèce de décider si le refus du chef de police d'accepter que le sergent Shotton retire sa démission équivalait à un renvoi, *The Police Act* doit être interprétée de façon libérale afin de garantir que toutes les formes de renvoi, y compris les congédiements déguisés, puissent faire l'objet d'un appel devant l'instance décisionnelle désignée par le législateur. Dans *Weber*, précité, le juge McLachlin a résumé ainsi le comportement de l'employeur, au par. 73:

Hydro's alleged actions were directly related to a process which is expressly subject to the grievance procedure. While aspects of the alleged conduct may arguably

Les actions qu'on lui impute [à Hydro] portaient directement sur une pratique expressément assujettie à la procédure de grief. Certains aspects du comportement

have extended beyond what the parties contemplated, this does not alter the essential character of the conduct.

In my view, in this case the Chief of Police's actions were directly related to the discipline procedures in *The Police Act*.

As the arbitrator noted in her decision, the Commission has already entertained jurisdiction to determine the propriety of disciplinary actions which failed to conform with the procedural requirements for discipline or dismissal required by the legislative scheme. In *Mitchell v. Board of Police Commissioners of the City of Moose Jaw*, a decision of the Commission rendered on August 26, 1992, the Commission was asked to grant permission to appeal the dismissal of a chief of police. The employer had dismissed the Chief of Police without any reasons. The employer argued that he had not been dismissed, but that he had been terminated in accordance with an employment contract, and thus that there was no right of appeal before the Commission. The Commission found that, unless the legislation compelled a contrary conclusion, a hearing was required in every situation where a police officer could be dismissed. It thus concluded that it had the jurisdiction to determine the dispute.

In my view, the Commission has the power to determine its jurisdiction in the case at bar. Should Sgt. Shotton apply for an appeal, it is my view that pursuant to a liberal interpretation of ss. 60 and 61 of *The Police Act*, which is consistent with the approach set out in *Weber, supra*, the Commission has jurisdiction to hear his dispute. It is clear that the dispute in this case was disciplinary. The Commission could therefore determine that the informal resolution of the disciplinary matter amounted to a constructive dismissal. In my view, while the legislation does not expressly provide for this type of disciplinary action, it does arise impliedly from the statutory scheme. There is a well-founded public policy reflected in the comprehensive legislative scheme, namely that police boards shall have the exclusive responsibility for maintaining an efficient police force in the community. It is consistent with this well-founded public policy that

allégué peuvent peut-être s'être étendus au-delà de ce que les parties avaient envisagé, mais l'essence de la conduite ne s'en trouve pas modifiée.

À mon avis, dans la présente affaire, les actions du chef de police portaient directement sur les procédures disciplinaires prévues dans *The Police Act*.

Comme l'a noté l'arbitre dans sa décision, la Commission a déjà exercé sa compétence pour statuer sur la légitimité de mesures disciplinaires qui n'étaient pas conformes aux exigences procédurales que prévoit le régime législatif quant aux mesures disciplinaires ou aux renvois. Dans *Mitchell c. Board of Police Commissioners of the City of Moose Jaw*, une décision qu'elle a rendue le 26 août 1992, la Commission a été appelée à accorder l'autorisation d'interjeter appel du renvoi d'un chef de police. L'employeur avait renvoyé le chef de police sans motifs. L'employeur a prétendu qu'il ne s'agissait pas d'un renvoi mais d'une cessation de services conformément à un contrat de travail, et qu'il n'existait donc aucun droit d'appel devant la Commission. La Commission est arrivée à la conclusion que, à moins que la loi n'impose une conclusion contraire, une audience était requise chaque fois qu'un policier a pu être renvoyé. Elle a donc conclu qu'elle avait compétence pour statuer sur le litige.

À mon avis, la Commission a le pouvoir de reconnaître sa compétence en l'espèce. Si le sergent Shotton demande l'autorisation d'interjeter appel, j'estime que, conformément à une interprétation libérale des art. 60 et 61 de *The Police Act* et au modèle énoncé dans *Weber, précité*, la Commission a compétence pour entendre son appel. Il est clair que le litige en l'espèce était de nature disciplinaire. La Commission pourrait donc décider que le règlement informel de l'affaire disciplinaire équivalait à un congédiement déguisé. À mon avis, bien que la loi ne prévoie pas expressément ce type de mesure disciplinaire, celle-ci relève implicitement du régime législatif. Une politique gouvernementale légitime se dégage du régime législatif complet, savoir que les commissions de police ont la responsabilité exclusive de maintenir un corps de police efficient au sein de la collectivité. Il est donc compatible avec cette politique que la Com-

37

38

the Commission hear and decide those disciplinary disputes which expressly or impliedly arise from the statutory scheme.

39 To summarize, the underlying rationale of the decision in *Weber, supra*, is to ensure that jurisdictional issues are decided in a manner that is consistent with the statutory schemes governing the parties. The analysis applies whether the choice of forums is between the courts and a statutorily created adjudicative body, or between two statutorily created bodies. The key question in each case is whether the essential character of a dispute, in its factual context, arises either expressly or inferentially from a statutory scheme. In determining this question, a liberal interpretation of the legislation is required to ensure that a scheme is not offended by the conferral of jurisdiction on a forum not intended by the legislature.

40 The sole issue in this appeal is whether the arbitrator had the jurisdiction to hear and decide the dispute between Sgt. Shotton and the Employer. In my view, the arbitrator was correct in deciding that she did not have the jurisdiction to hear this dispute. The majority of the Court of Appeal erred in reversing that decision.

41 I would therefore allow the appeal accordingly, with costs throughout.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: The City Solicitor's Office, Regina.

Solicitors for the respondents: Wilson Rasmussen, Regina.

mission entend et juge les appels des affaires disciplinaires qui sont expressément ou implicitement visées par le régime législatif.

En résumé, le raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Weber*, précité, est que les questions de compétence doivent être tranchées d'une manière qui soit conforme au régime législatif régissant les parties. Cette logique s'applique, qu'il s'agisse de choisir entre un tribunal et une instance décisionnelle créée par la loi ou entre deux organismes créés par la loi. La question clé dans chaque cas est de savoir si l'essence du litige, dans son contexte factuel, est expressément ou implicitement visée par un régime législatif. Pour statuer sur cette question, il convient de donner à la loi une interprétation libérale de façon à ce que l'attribution de compétence à une instance que n'avait pas envisagée le législateur ne porte pas atteinte au régime.

La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l'arbitre avait la compétence pour entendre et juger le litige opposant le sergent Shotton et l'Employeur. À mon avis, l'arbitre a eu raison de décider qu'elle n'avait pas compétence pour entendre le présent litige. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en infirmant cette décision.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: Le City Solicitor's Office, Regina.

Procureurs des intimés: Wilson Rasmussen, Regina.



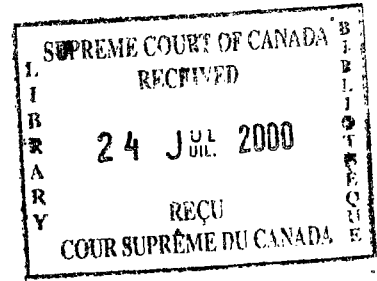
If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Travaux publics et Services
gouvernement Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 2000 Vol. 1

3^e cahier, 2000 Vol. 1

Cited as [2000] 1 S.C.R. 381-549

Renvoi [2000] 1 R.C.S. 381-549

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
UZMA IHSANULLAH

KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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.

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.

CONTENTS

Ajax (Town) v. CAW, Local 222..... 538

Labour relations — Trade unions — Successor rights — Sale of a business — Town terminating contract with transportation company for operation of town's municipal transit system and commencing operation of system on its own — Company laying off workers involved in transit operations — Town hiring significant number of laid off workers — Ontario Labour Relations Board finding that sale of a business within meaning of successorship provision of Labour Relations Act had taken place — Whether Board's interpretation of successorship provision patently unreasonable — Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 64.

Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)..... 494

Constitutional law — Division of powers — Securities — Provincial securities legislation allowing securities commission to require registered brokers in province to produce records "to assist in the administration of the securities laws of another jurisdiction" — Whether legislation *intra vires* province — Constitution Act, 1867, s. 92(13) — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 141(1)(b).

R. v. A.G. 439

Criminal law — Appeals — Supreme Court — Question of law — Whether reasonableness of verdict involves question of law within meaning of ss. 691(1) and 693(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

Criminal law — Reasonableness of verdict — Standard of review — Standard of review applicable by reviewing court in examining reasonableness of verdict — Whether *Yebe*s should be reaffirmed — Whether verdict was unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. Arrance..... 488

R. v. Arthurs 481

R. v. Wust 455

Criminal law — Sentencing — Mandatory minimum sentences — Robbery — Criminal Code providing for mandatory minimum sentence of four years where firearm used in commission of robbery — Whether sentencing judge may reduce minimum sentence to take into account pre-sentencing custody — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 344(a), 719(3).

R. v. Biniaris 381

Criminal law — Appeals — Supreme Court — Rights of appeal from substituted verdict — Accused convicted of second degree murder — Court of Appeal dismissing accused's appeal but substituting conviction for manslaughter — Whether Court of Appeal set aside conviction thereby providing Crown with right of appeal under s. 693(1) of Criminal

Continued on next page

SOMMAIRE

Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222 538

Relations de travail — Syndicats — Droits du successeur — Vente d'une entreprise — Ville commençant à exploiter elle-même son réseau de transport en commun après avoir résilié le contrat conclu à ce sujet avec une compagnie de transport — Travailleurs affectés aux activités de transport en commun licenciés par la compagnie — Ville embauchant un nombre important de travailleurs licenciés — Commission des relations de travail de l'Ontario concluant qu'il y a eu vente d'une entreprise au sens de la disposition relative à l'obligation du successeur contenue dans la Loi sur les relations de travail — L'interprétation que la Commission a donnée à la disposition relative à l'obligation du successeur est-elle manifestement déraisonnable? — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 64.

Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)..... 494

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Valeurs mobilières — Loi provinciale sur les valeurs mobilières permettant à la commission des valeurs mobilières d'enjoindre à des courtiers inscrits dans la province de produire des documents «pour aider à appliquer les lois sur les valeurs mobilières d'un autre ressort» — Cette loi relève-t-elle de la compétence de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 141(1)(b).

R. c. A.G. 439

Droit criminel — Appels — Cour suprême — Question de droit — Le caractère raisonnable d'un verdict soulève-t-il une question de droit au sens des art. 691(1) et 693(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

Droit criminel — Caractère raisonnable du verdict — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict — L'arrêt *Yebe*s devrait-il être confirmé de nouveau? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

R. c. Arrance..... 488

R. c. Arthurs 481

R. c. Wust 455

Droit criminel — Détermination de la peine — Peines minimales obligatoires — Vol qualifié — Peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue par le Code criminel en cas d'usage d'une arme à feu lors d'un vol qualifié — Le tribunal qui détermine la peine peut-il réduire la peine minimale pour tenir compte de la période passée sous garde avant le prononcé de la sentence? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 344a), 719(3).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Code — Whether Court of Appeal affirmed conviction thereby providing accused with right of appeal from conviction on substituted offence under s. 691(1) of Criminal Code — Whether there are co-existing rights of appeal for both accused and Crown from court of appeal order for substituted verdict — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

Criminal law — Appeals — Supreme Court — Question of law — Whether reasonableness of verdict involves question of law within meaning of ss. 691(1) and 693(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

Criminal law — Reasonableness of verdict — Standard of review — Standard of review applicable by reviewing court in examining reasonableness of verdict — Whether *Yebo* should be reaffirmed — Whether verdict was unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. G.D.B. 520

Criminal law — Fresh evidence — Due Diligence — Competence of trial counsel — General approach to miscarriages of justice based on existence of fresh evidence — Fresh evidence available at trial but not adduced into evidence because of tactical decision of trial counsel — Whether due diligence criterion of test to admit fresh evidence met — Whether trial counsel was incompetent — Whether failure to use fresh evidence at trial resulted in miscarriage of justice.

R. v. Molodowic..... 420

Criminal law — Appeals — Supreme Court — Question of law — Whether reasonableness of verdict involves question of law within meaning of ss. 691(1) and 693(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

Criminal law — Reasonableness of verdict — Standard of review — Standard of review applicable by reviewing court in examining reasonableness of verdict — Whether *Yebo* should be reaffirmed — Whether verdict was unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Biniaris 381

Droit criminel — Appels — Cour suprême — Droits d'appel contre une substitution de verdict — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Cour d'appel rejetant l'appel de l'accusé mais substituant une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable — La Cour d'appel annule-t-elle une déclaration de culpabilité et confère-t-elle ainsi au ministère public un droit d'appel fondé sur l'art. 693(1) du Code criminel? — La Cour d'appel confirme-t-elle une déclaration de culpabilité et confère-t-elle ainsi à l'accusé le droit, en vertu de l'art. 691(1) du Code criminel, d'en appeler de la déclaration de culpabilité relative à l'infraction substituée? — L'accusé et le ministère public bénéficient-ils de droits coexistants d'interjeter appel contre une ordonnance de substitution de verdict rendue par une cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

Droit criminel — Appels — Cour suprême — Question de droit — Le caractère raisonnable d'un verdict soulève-t-il une question de droit au sens des art. 691(1) et 693(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

Droit criminel — Caractère raisonnable du verdict — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict — L'arrêt *Yebo* devrait-il être confirmé de nouveau? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. c. G.D.B. 520

Droit criminel — Élément de preuve nouveau — Diligence raisonnable — Compétence de l'avocat de la défense — Approche générale applicable en matière d'erreurs judiciaires lorsqu'il existe des éléments de preuve nouveaux — Élément de preuve nouveau disponible au moment du procès mais non produit par suite d'une décision d'ordre tactique de l'avocat de la défense — Le volet diligence raisonnable du critère relatif à l'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux est-il respecté? — L'avocat de l'accusé au procès était-il incompetent? — L'omission d'utiliser l'élément de preuve nouveau au procès a-t-elle entraîné une erreur judiciaire?

R. c. Molodowic..... 420

Droit criminel — Appels — Cour suprême — Question de droit — Le caractère raisonnable d'un verdict soulève-t-il une question de droit au sens des art. 691(1) et 693(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

Droit criminel — Caractère raisonnable du verdict — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict — L'arrêt *Yebo* devrait-il être confirmé de nouveau? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

Her Majesty The Queen *Appellant***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

v.

c.

John Biniaris *Respondent***John Biniaris** *Intimé*

and

et

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the Innocence Project, the Association in Defence of the Wrongly Convicted and the Criminal Trial Lawyers Association of Alberta *Intervenors***Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, la Criminal Lawyers' Association (Ontario), l'Innocence Project, l'Association in Defence of the Wrongly Convicted et la Criminal Trial Lawyers Association of Alberta** *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. BINIARIS

RÉPERTORIÉ: R. c. BINIARIS

Neutral citation: 2000 SCC 15.

Référence neutre: 2000 CSC 15.

File No.: 26570.

N° du greffe: 26570.

1999: October 5, 6; 2000: April 13.

1999: 5, 6 octobre; 2000: 13 avril.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

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

Criminal law — Appeals — Supreme Court — Rights of appeal from substituted verdict — Accused convicted of second degree murder — Court of Appeal dismissing accused's appeal but substituting conviction for manslaughter — Whether Court of Appeal set aside conviction thereby providing Crown with right of appeal under s. 693(1) of Criminal Code — Whether Court of Appeal affirmed conviction thereby providing accused with right of appeal from conviction on substituted offence under s. 691(1) of Criminal Code — Whether there are co-existing rights of appeal for both accused and Crown from court of appeal order for substituted verdict — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

Droit criminel — Appels — Cour suprême — Droits d'appel contre une substitution de verdict — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Cour d'appel rejetant l'appel de l'accusé mais substituant une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable — La Cour d'appel annule-t-elle une déclaration de culpabilité et confère-t-elle ainsi au ministère public un droit d'appel fondé sur l'art. 693(1) du Code criminel? — La Cour d'appel confirme-t-elle une déclaration de culpabilité et confère-t-elle ainsi à l'accusé le droit, en vertu de l'art. 691(1) du Code criminel, d'en appeler de la déclaration de culpabilité relative à l'infraction substituée? — L'accusé et le ministère public bénéficient-ils de droits coexistants d'interjeter appel contre une ordonnance de substitution de verdict rendue par une cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

*Lamer C.J. took no part in the judgment.

*Le juge en chef Lamer n'a pas pris part au jugement.

Criminal law — Appeals — Supreme Court — Question of law — Whether reasonableness of verdict involves question of law within meaning of ss. 691(1) and 693(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

Criminal law — Reasonableness of verdict — Standard of review — Standard of review applicable by reviewing court in examining reasonableness of verdict — Whether Yebes should be reaffirmed — Whether verdict was unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

The accused was charged with second degree murder. The accused and S, a young offender, participated in a senseless and violent beating which left a man dead. S threw the deceased against a plate glass window, then propelled him to the ground, causing the deceased to strike the back of his head on the pavement. Once the deceased was on the ground, S straddled the deceased's thighs and began to punch the deceased in the stomach. The accused entered into the fray, ran up to the deceased and stomped on his forehead a number of times with sufficient force to leave tread marks from his shoes on the deceased's forehead. The Crown's expert testified that the fatal injuries to the deceased's brain resulted from the accused's actions. The defence expert was of the opinion that the deceased had sustained lethal brain injuries when S caused him to strike his head on the pavement, fracturing the thickest bone in the skull. During the course of the trial, after consulting with the defence expert and another expert, the Crown's expert also came to share the view that the fatal injuries were attributable to the actions of S. The Crown's expert was recalled and testified to this effect. In its closing submissions to the jury, the Crown maintained its original theory and invited the jury to rely on its common sense and to convict the accused of second degree murder as the perpetrator of the fatal injuries, notwithstanding the medical evidence to the contrary. The Crown also suggested to the jury that it could find the accused guilty of second degree murder as S's co-perpetrator or accomplice. The trial judge charged the jury that they should proceed carefully before rejecting the ultimately unanimous expert evidence regarding causation. The accused was convicted of second degree murder. The majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal but substituted a conviction for manslaughter on the basis that the jury's verdict was unreasonable and unsupported by the evidence. The dissenting judge concluded

Droit criminel — Appels — Cour suprême — Question de droit — Le caractère raisonnable d'un verdict soulève-t-il une question de droit au sens des art. 691(1) et 693(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

Droit criminel — Caractère raisonnable du verdict — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict — L'arrêt Yebes devrait-il être confirmé de nouveau? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).

L'accusé a été inculpé de meurtre au deuxième degré. L'accusé et S, un jeune contrevenant, ont participé à une raclée insensée et brutale qui a entraîné la mort d'une personne. S a projeté la victime contre une vitrine et ensuite au sol, et cette dernière s'est alors frappé l'arrière de la tête contre le pavé. Pendant que la victime était allongée sur le sol, S lui a sauté à califourchon sur les cuisses et a commencé à lui donner des coups de poing à l'estomac. L'accusé s'est mêlé à la bagarre, a couru vers la victime et lui a sauté sur le front à un certain nombre de reprises, et ce, si durement que ses chaussures y ont laissé des empreintes. L'expert du ministère public a témoigné que les blessures mortelles au cerveau de la victime étaient attribuables aux actes de l'accusé. L'expert de la défense était d'avis que la victime avait subi des blessures mortelles au cerveau lorsque S lui avait fracturé la partie la plus épaisse du crâne en la faisant tomber tête première sur le pavé. Au cours du procès, après avoir consulté l'expert de la défense et un autre expert, l'expert du ministère public en est venu à partager l'opinion que les blessures mortelles étaient attribuables aux actes de S. L'expert du ministère public a été rappelé à la barre et a témoigné dans ce sens. Dans son exposé final au jury, le ministère public a maintenu sa thèse initiale et a invité les membres du jury à faire appel à leur bon sens et à déclarer l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré en tant qu'auteur des blessures mortelles, malgré la preuve médicale contraire. Le ministère public a également indiqué au jury qu'il pourrait déclarer l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré en tant que coauteur ou complice de S. Dans son exposé, le juge du procès a demandé au jury de ne pas rejeter trop rapidement la preuve d'expert qui, en fin de compte, s'était révélée unanime sur la question de la causalité. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont rejeté l'appel de l'accusé, mais ont substitué une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable pour le motif que le verdict du jury était déraisonnable et ne s'appuyait pas sur la preuve. Le juge dissi-

that it was not unreasonable for the jury to convict the accused of second degree murder.

Held: The appeal should be allowed.

While the language of s. 686(1)(b)(i) and (3) of the *Criminal Code* does not contain an explicit direction to a court of appeal to set aside a conviction, when a court of appeal dismisses the accused's appeal from the original conviction by substituting a verdict on another count or part of the indictment, the court of appeal implicitly sets aside the conviction by the trial court and also implicitly affirms the new conviction on the included offence. Thus, there are co-existing rights of appeal for both the accused, under s. 691, and the Crown, under s. 693, to this Court from a court of appeal order for a substituted verdict.

This Court, in *Yebe*s, decided unequivocally that the reasonableness of a verdict, within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, involves a decision on a question of law, and as such gives rise to a further appeal to this Court. Whether a conviction can be said to be unreasonable, or not supported by the evidence, imports in every case the application of a legal standard. As a jurisdictional issue of appellate access, the application of that legal standard is enough to make the question a question of law. The conclusion that a finding by an appeal court that a verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence raises a question of law is in harmony with the overall intent and spirit of the two-tier criminal appeal structure in the *Criminal Code*, even if there are some statutory constructions that may lend support to a different conclusion.

The test set out in *Yebe*s continues to be the binding test that appellate courts must apply in determining whether the verdict of the jury is unreasonable or cannot be supported by the evidence. A dissent on the issue of whether the verdict was reasonable is a dissent on a question of law, whether the dissent is based on the articulation of the applicable test or on its actual application to the particular circumstances of the case. The proper test is "whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially could reasonably have rendered". In embarking on the exercise mandated by s. 686(1)(a)(i), the reviewing court must engage in a

dent a conclu qu'il n'était pas déraisonnable que le jury déclare l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Même si le texte du sous-al. 686(1)(b)(i) et celui du par. 686(3) du *Code criminel* n'ordonnent pas explicitement à une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité, il reste que, lorsqu'elle rejette l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité initiale en y substituant un verdict de culpabilité relativement à un autre chef ou à une autre partie de l'acte d'accusation, la cour d'appel annule implicitement la déclaration de culpabilité prononcée par le tribunal de première instance et confirme aussi implicitement la nouvelle déclaration de culpabilité relative à l'infraction incluse. Ainsi l'accusé, en vertu de l'art. 691, et le ministère public, en vertu de l'art. 693, bénéficient de droits coexistants d'interjeter appel devant notre Cour contre une ordonnance de substitution de verdict rendue par une cour d'appel.

Dans l'arrêt *Yebe*s, notre Cour a décidé sans équivoque que la question de savoir si un verdict est déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel* implique une décision sur une question de droit et que, pour cette raison, elle donne naissance à un appel supplémentaire devant notre Cour. La question de savoir si on peut dire qu'une déclaration de culpabilité est déraisonnable ou ne s'appuie pas sur la preuve même, dans chaque cas, à l'application d'une norme juridique. Du fait qu'elle est appliquée pour déterminer la compétence en matière d'appel, cette norme juridique suffit pour faire de la question une question de droit. La conclusion que la décision d'une cour d'appel qu'un verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve soulève une question de droit est conforme à l'intention générale et à l'esprit du régime d'appel à deux niveaux établi par le *Code criminel*, même si certaines interprétations de la loi peuvent étayer une conclusion différente.

Les cours d'appel doivent continuer d'appliquer le critère énoncé dans l'arrêt *Yebe*s pour déterminer si le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve. Une dissidence sur la question de savoir si le verdict était raisonnable est une dissidence sur une question de droit, peu importe qu'elle repose sur la formulation du critère applicable ou sur l'application de ce critère aux circonstances particulières de l'affaire. Le critère qui doit être appliqué 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». En se livrant à

thorough re-examination of the evidence and bring to bear the weight of its judicial experience to decide whether, on all the evidence, the verdict was a reasonable one. It is not sufficient for the reviewing court to simply take a different view of the evidence than the trier of fact. Nor is it sufficient for the court of appeal to refer to a vague unease, or a lingering or lurking doubt based on its own review of the evidence. While a “lurking doubt” may be a powerful trigger for thorough appellate scrutiny of the evidence, it is not, without further articulation of the basis for such doubt, a proper basis upon which to interfere with the findings of the trier of fact. Rather, the appeal court, if it is to overturn the verdict, must articulate the basis upon which it concludes that the verdict is inconsistent with the requirements of a judicial appreciation of the evidence.

In the present case, the “real question to be faced by the jury” was whether the accused intended to cause the victim’s death or to cause bodily harm which he knew was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued or not. The reasons of the majority of the Court of Appeal focused principally on the issue of causation and did not contain a thorough review and re-examination of the evidence as it relates to intent. The determination of the intent or foresight of a person at the time of his participation in a homicide is often a difficult question of fact. The trial judge thoroughly canvassed all the evidence adduced on the issue of intent in her charge to the jury. There is nothing in the compendium of accumulated judicial experience that should cause concern that the jury went astray in its review and assessment of the evidence. Even though it might have been reasonable for the jury to conclude otherwise, it was perfectly reasonable for the jury to be satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had acted with the requisite intent for murder. In light of his responsibility as a party, the fact that the specific blows inflicted by the accused were not the ones which were the immediate cause of death was of no significance. In overturning the verdict of the jury as unreasonable, the majority of the Court of Appeal was also concerned about the change in the Crown’s theory of the case and the jury’s ability to appreciate the nuances of all of this, as well as about the fact that the case was “highly emotional by reason of these outrageous assaults”. The concerns of the majority of the Court of Appeal were insufficient to set aside the verdict of the jury as unreasonable. They were more than adequately addressed by the trial judge, whose charge to the jury was instructive and fair. The verdict was one that this

l’exercice prescrit pas le sous-al. 686(1)a(i), le tribunal d’examen doit réexaminer la preuve en profondeur et mettre à profit toute son expérience pour déterminer si, compte tenu de l’ensemble de la preuve, le verdict était raisonnable. Il ne suffit pas que le tribunal d’examen ait simplement une perception de la preuve différente de celle du juge des faits. Il ne suffit pas non plus que la cour d’appel parle d’un vague malaise ou d’un doute persistant qui résulte de son propre examen de la preuve. Même si un «doute persistant» peut être un puissant élément déclencheur d’un examen approfondi de la preuve en appel, il ne constitue pas, sans plus d’explications, une bonne raison de modifier les conclusions du juge des faits. Pour écarter le verdict, la cour d’appel doit plutôt expliquer ce qui l’incite à conclure qu’il n’est pas conforme aux exigences d’une appréciation judiciaire de la preuve.

En l’espèce, la «véritable question à laquelle devait répondre le jury» était de savoir si l’accusé avait l’intention de causer la mort de la victime ou de lui infliger des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer la mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non. Les motifs des juges majoritaires de la Cour d’appel sont axés principalement sur la question de la causalité et ne comportent pas une révision et un réexamen complets de la preuve relative à l’intention. La détermination de l’intention d’une personne et de ce qu’elle prévoyait au moment où elle a participé à un homicide est souvent une question de fait difficile. Dans son exposé au jury, le juge du procès a examiné en profondeur toute la preuve présentée au sujet de la question de l’intention. D’après l’ensemble de l’expérience acquise par les tribunaux, rien ne permet de craindre que le jury se soit égaré dans son examen et son évaluation de la preuve. Même si le jury avait pu raisonnablement tirer une conclusion différente, il était parfaitement raisonnable que celui-ci soit convaincu hors de tout doute raisonnable que l’accusé avait l’intention requise pour commettre un meurtre au moment où il a agi. Compte tenu de sa responsabilité à titre de participant à l’infraction, il était sans importance que les coups portés par l’accusé n’aient pas été la cause immédiate du décès. Lorsqu’ils ont écarté le verdict du jury pour le motif qu’il était déraisonnable, les juges majoritaires de la Cour d’appel s’inquiétaient également du revirement de la thèse du ministère public, de la capacité du jury d’en saisir toutes les nuances, et du fait que l’affaire était «chargée d’émotions en raison de ces agressions révoltantes». Les préoccupations des juges majoritaires de la Cour d’appel ne justifiaient pas l’annulation du verdict du jury pour le motif qu’il était déraisonnable. Elles ont

properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered, and it should be restored.

été traitées d'une manière plus que suffisante par le juge du procès, dont l'exposé au jury était instructif et équitable. Le verdict rendu est un verdict qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre, et il y a lieu de le rétablir.

Cases Cited

Followed: *R. v. Yebe*, [1987] 2 S.C.R. 168; **referred to:** *R. v. Molodowic*, [2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16; *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17; *R. v. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246; *R. v. McGloan*, [1976] 2 S.C.R. 842; *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221; *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373; *Ciglen v. The Queen*, [1970] S.C.R. 804; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *R. v. H. (D.S.) and N. (J.D.)*, [1994] 2 S.C.R. 392, rev'g (1994), 90 C.C.C. (3d) 564; *R. v. Blundon* (1993), 84 C.C.C. (3d) 249; *Schuldt v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 592; *R. v. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430, appeal quashed, [1997] 1 S.C.R. 304; *R. v. Osvath* (1996), 87 O.A.C. 274, appeal quashed, [1997] 1 S.C.R. 7; *R. v. Hamilton*, [1997] Q.J. No. 67 (QL), appeal quashed, [1997] S.C.C.A. No. 105 (QL); *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474; *R. v. Reitsma*, [1998] 1 S.C.R. 769, rev'g (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. v. O'Connor* (1998), 123 C.C.C. (3d) 487; *R. v. Keeper* (1993), 88 Man. R. (2d) 156; *R. v. Malcolm* (1993), 81 C.C.C. (3d) 196; *R. v. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481; *R. v. N.D.*, [1993] O.J. No. 2139 (QL); *R. v. C.V.*, [1993] O.J. No. 1512 (QL); *R. v. L. (J.H.H.P.)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 165; *R. v. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21(1), 675(1)(a), 676(1)(a) [am. 1997, c. 18, s. 93], 677 [repl. 1994, c. 44, s. 67], 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (3) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 145], (4) [am. *idem*; am. 1999, c. 5, s. 26], 691(1) [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 10], 693(1) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 146; c. 34 (3rd Supp.), s. 12].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 104 B.C.A.C. 203, 170 W.A.C. 203, 124 C.C.C. (3d) 58, [1998]

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Yebe*, [1987] 2 R.C.S. 168; **arrêts mentionnés:** *R. c. Molodowic*, [2000] 1 R.C.S. 420, 2000 CSC 16; *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17; *R. c. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246; *R. c. McGloan*, [1976] 2 R.C.S. 842; *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. c. The Queen*, [1969] R.C.S. 221; *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373; *Ciglen c. La Reine*, [1970] R.C.S. 804; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *R. c. H. (D.S.) et N. (J.D.)*, [1994] 2 R.C.S. 392, inf. (1994), 90 C.C.C. (3d) 564; *R. c. Blundon* (1993), 84 C.C.C. (3d) 249; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592; *R. c. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430, pourvoi annulé, [1997] 1 R.C.S. 304; *R. c. Osvath* (1996), 87 O.A.C. 274, pourvoi annulé, [1997] 1 R.C.S. 7; *R. c. Hamilton*, [1997] A.Q. n° 67 (QL), pourvoi annulé, [1997] C.S.C.R. n° 105 (QL); *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474; *R. c. Reitsma*, [1998] 1 R.C.S. 769, inf. (1997), 97 B.C.A.C. 303; *R. c. O'Connor* (1998), 123 C.C.C. (3d) 487; *R. c. Keeper* (1993), 88 Man. R. (2d) 156; *R. c. Malcolm* (1993), 81 C.C.C. (3d) 196; *R. c. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481; *R. c. N.D.*, [1993] O.J. No. 2139 (QL); *R. c. C.V.*, [1993] O.J. No. 1512 (QL); *R. c. L. (J.H.H.P.)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 165; *R. c. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1), 675(1)a, 676(1)a [mod. 1997, ch. 18, art. 93], 677 [repl. 1994, ch. 44, art. 67], 686(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (3) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145], (4) [mod. *idem*; mod. 1999, ch. 5, art. 26], 691(1) [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 10], 693(1) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 146; ch. 34 (3^e suppl.), art. 12].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 104 B.C.A.C. 203, 170 W.A.C. 203, 124 C.C.C. (3d) 58, [1998]

B.C.J. No. 576 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of second degree murder and substituting a verdict of manslaughter. Appeal allowed.

William F. Ehrcke, Q.C., and Kate Ker, for the appellant.

Gil D. McKinnon, Q.C., and Peter J. Wilson, for the respondent.

Robert J. Frater and Morris Pistyner, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert Kelly, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Carole Lebeuf and Maurice Galarneau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Frank R. Addario, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marlys A. Edwardh, for the intervener the Innocence Project.

Melvyn Green, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Written submissions only by *Marvin R. Bloos*, for the intervener the Criminal Trial Lawyers Association of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

¹ This appeal was heard together with *R. v. Molodowic*, [2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16, and *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17. In this trilogy, the Court was asked to reconsider its decision in *R. v. Yeves*, [1987] 2 S.C.R. 168, and, in particular, to decide two issues of general application. First, whether the reasonableness of a verdict involves a question of law, within the meaning of ss. 691 and 693 of the *Criminal Code*,

B.C.J. No. 576 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré, mais qui a substitué à cette dernière un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Pourvoi accueilli.

William F. Ehrcke, c.r., et Kate Ker, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, c.r., et Peter J. Wilson, pour l'intimé.

Robert J. Frater et Morris Pistyner, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert Kelly, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Carole Lebeuf et Maurice Galarneau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Frank R. Addario, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marlys A. Edwardh, pour l'intervenant l'Innocence Project.

Melvyn Green, pour l'intervenante l'Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Argumentation écrite seulement par *Marvin R. Bloos*, pour l'intervenante la Criminal Trial Lawyers Association of Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *R. c. Molodowic*, [2000] 1 R.C.S. 420, 2000 CSC 16, et *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17. Dans cette trilogie, la Cour était invitée à revenir sur son arrêt *R. c. Yeves*, [1987] 2 R.C.S. 168, et, en particulier, à trancher deux questions d'application générale. Il s'agissait, premièrement, de savoir si le caractère raisonnable d'un verdict soulève une question de

R.S.C., 1985, c. C-46, so as to permit a further appeal to this Court from a decision by a provincial appellate court, and, second, what standard of review must be applied by the reviewing court in examining the reasonableness of a verdict. Each case involved, of course, an application of that standard to the facts of that case.

II. Factual Background

The respondent John Biniaris was 15 years old at the time of the events that gave rise to his conviction for second degree murder. He was tried in adult court, separately from his co-perpetrator, Stephen Stark, who was tried first and also convicted of second degree murder. The two had been involved in a brutal assault on the victim, Graham Niven, whom they had encountered by chance in the early morning hours of August 13, 1994.

Graham Niven was coming out of a Coquitlam, B.C., convenience store with 14-year-old Kaven Valin, when they came across a group of four youths, which included the respondent Biniaris and Stephen Stark. The events that followed were described at trial by Kaven Valin, and by Peter Lehtonen, one of the two other boys who were with Biniaris and Stark that night. While Niven and Valin were waiting for a taxi, Niven became involved in a conversation with the boys, and the subject of drugs came up.

Niven asked if anyone “did heroin”. Stark stood up and responded that he did. Niven said not to do heroin because “it fucked up your head”. Stark became angry and tensions mounted as Stark and Niven stood facing each other near the entrance to the store. According to Kaven Valin, shortly after the initial exchange between Stark and Niven, the respondent Biniaris, who was now standing beside Niven, told him to “make a move”. Stark threatened Niven, saying things such as “I’ll fuckin cut a hole in your head” and “Go in. Save yourself”. At that point, Stark and Niven grabbed

droit au sens des art. 691 et 693 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, de manière à autoriser un pourvoi devant notre Cour contre une décision d’une cour d’appel provinciale, et deuxièmement, de savoir quelle norme de contrôle doit être appliquée par le tribunal qui procède à l’examen du caractère raisonnable d’un verdict. Il va sans dire que chaque cas comportait une application de cette norme aux faits en présence.

II. Les faits

L’intimé John Biniaris était âgé de 15 ans au moment où se sont produits les faits à l’origine de sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Il a été jugé devant un tribunal pour adultes dans le cadre d’un procès séparé de celui de Stephen Stark, le coauteur du crime reproché, qui a subi son procès le premier et qui a également été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Les deux s’étaient livrés à une agression sauvage contre la victime, Graham Niven, qu’ils avaient rencontrée par hasard tôt le matin du 13 août 1994.

Graham Niven sortait d’un dépanneur de Coquitlam (C.-B.) en compagnie de Kaven Valin, âgé de 14 ans, lorsqu’ils ont croisé un groupe de quatre jeunes, dont faisaient partie l’intimé Biniaris et Stephen Stark. Au procès, Kaven Valin et Peter Lehtonen, l’un des deux autres garçons qui accompagnaient Biniaris et Stark cette nuit-là, ont décrit la suite des événements. Pendant que Niven et Valin attendaient un taxi, Niven a engagé une conversation avec les garçons au cours de laquelle le sujet de la drogue a été abordé.

Niven a demandé si quelqu’un [TRADUCTION] «prenait de l’héroïne». Stark s’est levé et a répondu qu’il en prenait. Niven lui a dit de ne pas en prendre, car [TRADUCTION] «ça rend fou». Stark s’est mis en colère et la tension a monté alors que Stark et Niven étaient debout face à face près de l’entrée du dépanneur. Selon Kaven Valin, peu après le début des échanges entre Stark et Niven, l’intimé Biniaris, qui s’était approché de Niven, l’a défié verbalement. Stark a menacé Niven en lui disant notamment [TRADUCTION] «Je vais te percer la tête, crisse» et «Vas à l’intérieur. Sauves-toi».

2

3

4

each other. The events which followed lasted only 20 to 30 seconds. According to Kaven Valin, Stark threw Niven into the store's plate glass window, causing Niven to hit his head against the window. Stark then spun Niven around quickly and forcefully pushed him to the ground, causing Niven to strike the back of his head on the pavement. Once Niven was on the ground, Stark straddled Niven's thighs and started punching him in the stomach with a closed right fist while holding down Niven's right arm with his left hand. At this point, and for the next five to ten seconds, the respondent Biniaris entered the fray. Peter Lehtonen testified that he thought he saw the respondent inflict a "medium strength" kick to the middle of Niven's back just as he was attempting to raise his head and upper body off the ground by holding onto Stark's jacket sleeves. He said the kick startled Niven and caused him to fall back to the ground. Lehtonen also testified that he thought he saw the respondent kick Niven on the top part of the head with "medium" force. Kaven Valin did not testify to any kicks. He saw the respondent run toward Niven and jump "hard" on the latter's forehead roughly five times using his right foot, taking two or three steps back and forth in between jumps. The respondent stomped or jumped with sufficient force to leave tread marks from his shoes on Niven's forehead. Lehtonen saw only two stationary up and down stomps, but he left the scene prior to the end of the attack. After the attack, the respondent Biniaris and Stark fled together.

C'est à ce moment-là que Stark et Niven se sont empoignés. Les événements qui ont suivi n'ont duré que de 20 à 30 secondes. Selon Kaven Valin, Niven a subi un coup à la tête en entrant en contact avec la vitrine du magasin contre laquelle Stark l'avait projeté. Stark a ensuite fait virevolter rapidement Niven qui s'est frappé l'arrière de la tête contre le pavé après avoir été projeté violemment au sol. Pendant que Niven était allongé sur le sol, Stark lui a sauté à califourchon sur les cuisses et a commencé à le frapper à l'estomac à l'aide de son poing droit fermé tout en lui retenant le bras droit avec sa main gauche. À ce moment-là et pendant les cinq à dix secondes qui ont suivi, l'intimé Biniaris s'est mêlé à la bagarre. Peter Lehtonen a témoigné qu'il croyait avoir vu l'intimé donner un coup de pied «de force moyenne» au milieu du dos de Niven juste au moment où celui-ci tentait de relever la tête et le haut du corps en s'agrippant aux manches de la veste de Stark. Il a dit que le coup avait fait tressauter Niven qui était alors retombé sur le sol. Lehtonen a également témoigné qu'il croyait avoir vu l'intimé donner un coup de pied de force «moyenne» sur la tête de Niven. Kaven Valin n'a pas fait état de coups de pied. Il a vu l'intimé courir vers Niven et lui sauter «durement» sur le front à environ cinq reprises à l'aide de son pied droit, en reculant chaque fois de deux ou trois pas avant de sauter. L'intimé a piétiné ou sauté si fort que ses chaussures ont laissé des empreintes sur le front de Niven. Lehtonen n'a vu que deux coups de pied assés en position stationnaire, mais il a quitté les lieux avant la fin de l'attaque. Après l'attaque, l'intimé Biniaris et Stark se sont enfuis ensemble.

5

Niven was deeply unconscious when emergency personnel arrived at the convenience store. He was brain dead at the time of his arrival at Royal Columbian Hospital and was pronounced dead some 10 hours later. Biniaris and Stark were arrested shortly before 11:00 p.m. on August 13, 1994. The arresting officers testified that the respondent expressed surprise when informed that he was under arrest for second degree murder.

Niven se trouvait dans un état d'inconscience profonde lorsque les ambulanciers sont arrivés au dépanneur. Il était cliniquement décédé à son arrivée au Royal Columbian Hospital et a été déclaré mort une dizaine d'heures plus tard. Biniaris et Stark ont été arrêtés peu avant 23 h, le 13 août 1994. Les policiers qui les ont arrêtés ont témoigné que l'intimé avait paru surpris en apprenant qu'il était mis en état d'arrestation pour meurtre au deuxième degré.

The respondent's trial before Boyd J. and a jury took an unusual course. The Crown's theory was that the respondent Biniaris had caused Niven's death and was guilty of second degree murder as a principal. As a result, much of the focus at trial was on the issue of causation. In turn, that issue rested largely on the medical evidence, which was both lengthy and complex, as it dealt with the causes of fatal brain injuries. Dr. Sheila Carlyle, the pathologist who performed the autopsy on the deceased, was called by the Crown. She and the pathologist called by the defence, Dr. Jennifer Rice, agreed on a number of points. For example, they agreed that there was medical evidence of only five head injuries — three stomps to the face, a glancing blow or kick near the left eye and a fracture to the back of the skull — and that to the extent that there may have been additional blows, they were not of sufficient force to produce bruising or broken bones. Further, they agreed that two of the three stomps were attributable to the shoes worn by the respondent. The source of the third stomp could not be identified while the source of the glancing blow or kick was not explained by either Dr. Carlyle or Dr. Rice.

However, the doctors disagreed about whether the fatal injuries suffered by Niven resulted from the fall or from the stomping. Dr. Carlyle testified that the respondent's actions had caused Niven's death. Dr. Rice was of the opinion that Niven's fatal brain injuries were attributable to the actions of Stark, although she could not exclude the unlikely possibility that the stomping aggravated the already injured brain. Specifically, she was of the opinion that Niven had sustained lethal brain injuries when Stark caused him to strike his head on the pavement, fracturing the thickest bone in the skull.

6
Le procès de l'intimé, tenu devant le juge Boyd et un jury, a pris une tournure inusitée. La thèse du ministère public était que l'intimé Biniaris avait causé la mort de Niven et qu'il était coupable de meurtre au deuxième degré en tant qu'auteur principal du crime. Par conséquent, le procès a porté en grande partie sur la question de la causalité. En revanche, cette question reposait largement sur la preuve médicale qui était à la fois longue et complexe du fait qu'elle portait sur les causes des blessures mortelles au cerveau. Le ministère public a fait témoigner le D^r Sheila Carlyle, la pathologiste qui avait autopsié la victime. Celle-ci et le D^r Jennifer Rice, la pathologiste appelée à la barre par la défense, étaient d'accord sur un certain nombre de points. Par exemple, elles convenaient que la preuve médicale ne faisait état que de cinq blessures à la tête — trois marques de piétinement au visage, une marque de coup de poing ou de coup de pied oblique près de l'œil gauche ainsi qu'une fracture à l'arrière du crâne — et que, s'il y avait eu d'autres coups, ils n'avaient pas été portés avec suffisamment de force pour causer des contusions ou briser des os. Elles convenaient également que deux des marques de piétinement pouvaient avoir été laissées par les chaussures de l'intimé. L'origine de la troisième marque de piétinement ne pouvait pas être déterminée, alors que celle du coup de poing ou coup de pied oblique n'a fait l'objet d'aucune explication de la part des D^{rs} Carlyle et Rice.

7
Les médecins ne s'entendaient toutefois pas sur la question de savoir si les blessures mortelles subies par Niven avaient résulté de la chute ou du piétinement. Le D^r Carlyle a témoigné que les actes de l'intimé avaient causé la mort de Niven. Le D^r Rice était d'avis que les blessures mortelles au cerveau de Niven étaient attribuables aux actes de Stark, même si elle ne pouvait pas écarter la possibilité invraisemblable que le piétinement ait aggravé les blessures déjà existantes au cerveau. Plus précisément, elle était d'avis que Niven avait subi des blessures mortelles au cerveau lorsque Stark lui avait fracturé la partie la plus épaisse du crâne en le faisant tomber tête première sur le pavé.

8

Dr. Carlyle maintained her position on causation throughout her testimony in chief and under cross-examination. However, during the course of the trial, after consulting with Dr. Rice and with Dr. Charles Hirsch, an eminent American pathologist, she came to share Dr. Rice's opinion. Dr. Carlyle was recalled and testified to this effect, conceding that the respondent's stomping was distinctly unlikely to have caused Niven's fatal injuries and that while she could not exclude the possibility that the stomping had enhanced the pre-existing brain injuries suffered by Niven as a result of Stark's actions, this latter opinion was not something she felt "comfortable advancing with any scientific basis".

9

Despite this dramatic change in the evidence, at the close of the trial the Crown maintained its original theory and suggested that, notwithstanding the consensus in the medical evidence, it was still open to the jury, as a matter of common sense, to conclude that the respondent had caused Niven's death and that, if they found that he had the intent necessary for murder, then he was guilty of second degree murder as a principal. However, the jury was also offered two alternative routes to a conviction for second degree murder, each of which, like the primary route urged by the Crown, required proof of an intent to cause bodily harm that the respondent knew was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued or not. First, even if the respondent had not caused Niven's death, the Crown argued that the respondent was guilty as a co-perpetrator, having acted in concert with Stark with the necessary intent to sustain a conviction for murder. Second, it was suggested that the respondent could be found guilty of murder because he aided or abetted Stark and did so with the knowledge and intent for murder. In her charge, the trial judge warned the jury to be slow

Le D^r Carlyle a maintenu sa position sur la causalité pendant tout son interrogatoire principal et son contre-interrogatoire. Cependant, au cours du procès, après avoir consulté le D^r Rice et le D^r Charles Hirsch, un éminent pathologiste américain, elle en est venue à partager l'opinion du D^r Rice. Le D^r Carlyle a été rappelée à la barre et elle a témoigné dans ce sens, en reconnaissant qu'il était très peu probable que le piétinement auquel s'était livré l'intimé ait causé les blessures mortelles de Niven et que, même si elle ne pouvait pas écarter la possibilité que ce piétinement ait aggravé les blessures que Stark avaient déjà causées au cerveau de Niven, il s'agissait d'une opinion qui la mettait [TRADUCTION] «scientifiquement mal à l'aise».

Malgré ce revirement spectaculaire de la preuve, le ministère public a maintenu sa thèse initiale à la fin du procès et a indiqué que, en dépit du consensus qui se dégageait de la preuve médicale, il allait de soi que le jury pouvait toujours conclure que l'intimé avait causé la mort de Niven, et que si le jury concluait que l'intimé avait eu l'intention requise pour commettre un meurtre, ce dernier serait alors coupable de meurtre au deuxième degré en tant qu'auteur principal du crime. Cependant, on a également dit au jury qu'il y avait deux façons de parvenir à une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré, dont chacune, à l'instar de la principale façon préconisée par le ministère public, exigeait de prouver que l'intimé avait l'intention de causer des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort, et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Premièrement, le ministère public a prétendu que, même si l'intimé n'avait pas causé la mort de Niven, il était coupable en qualité de coauteur, du fait qu'il avait agi de concert avec Stark en ayant l'intention requise pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre. Deuxièmement, on a laissé entendre que l'intimé pouvait être déclaré coupable de meurtre parce qu'il avait aidé ou encouragé Stark et qu'il l'avait fait en ayant la connaissance et l'intention requises pour qu'il y ait meurtre. Dans son exposé, le juge du procès a prévenu le jury de ne pas invoquer trop rapidement le bon sens pour rejeter la preuve d'expert qui, en fin de

to reject the ultimately unanimous expert evidence regarding causation in favour of common sense.

The respondent was convicted of second degree murder and sentenced by Boyd J. to life imprisonment without eligibility for parole for five years.

III. Relevant Statutory Provisions

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

675. (1) A person who is convicted by a trial court in proceedings by indictment may appeal to the court of appeal

(a) against his conviction

(i) on any ground of appeal that involves a question of law alone,

(ii) on any ground of appeal that involves a question of fact or a question of mixed law and fact, with leave of the court of appeal or a judge thereof or on the certificate of the trial judge that the case is a proper case for appeal, or

(iii) on any ground of appeal not mentioned in subparagraph (i) or (ii) that appears to the court of appeal to be a sufficient ground of appeal, with leave of the court of appeal;

. . .

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal or a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

. . .

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

compte, s'était révélée unanime sur la question de la causalité.

L'intimé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et condamné par le juge Boyd à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant cinq ans.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

675. (1) Une personne déclarée coupable par un tribunal de première instance dans des procédures sur acte d'accusation peut interjeter appel, devant la cour d'appel:

a) de sa déclaration de culpabilité:

(i) soit pour tout motif d'appel comportant une simple question de droit,

(ii) soit pour tout motif d'appel comportant une question de fait, ou une question de droit et de fait, avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges ou sur certificat du juge de première instance attestant que la cause est susceptible d'appel,

(iii) soit pour tout motif d'appel non mentionné au sous-alinéa (i) ou (ii) et jugé suffisant par la cour d'appel, avec l'autorisation de celle-ci;

. . .

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel:

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement ou un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux prononcé par un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

. . .

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

10

11

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(i) the court is of the opinion that the appellant, although he was not properly convicted on a count or part of the indictment, was properly convicted on another count or part of the indictment,

(ii) the appeal is not decided in favour of the appellant on any ground mentioned in paragraph (a),

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; or

(iv) notwithstanding any procedural irregularity at trial, the trial court had jurisdiction over the class of offence of which the appellant was convicted and the court of appeal is of the opinion that the appellant suffered no prejudice thereby;

. . .

691. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

. . .

693. (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

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

(i) elle est d'avis que l'appelant, bien qu'il n'ait pas été régulièrement déclaré coupable sur un chef d'accusation ou une partie de l'acte d'accusation, a été régulièrement déclaré coupable sur un autre chef ou une autre partie de l'acte d'accusation,

(ii) l'appel n'est pas décidé en faveur de l'appelant pour l'un des motifs mentionnés à l'alinéa a),

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

(iv) nonobstant une irrégularité de procédure au procès, le tribunal de première instance était compétent à l'égard de la catégorie d'infractions dont fait partie celle dont l'appelant a été déclaré coupable et elle est d'avis qu'aucun préjudice n'a été causé à celui-ci par cette irrégularité;

. . .

691. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

. . .

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel annule une déclaration de culpabilité par suite d'un appel interjeté aux termes de l'article 675 ou rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa 676(1)a), b) ou c) ou du paragraphe 676(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

IV. Judgments Below

British Columbia Court of Appeal (1998), 124 C.C.C. (3d) 58

(i) Hall J.A., Braidwood J.A. concurring

Hall J.A. held that the respondent's conviction for second degree murder was unreasonable and not supported by the evidence. Relying on s. 686(1)(b)(i) of the *Criminal Code*, he dismissed the appeal but substituted a verdict of manslaughter and remanded the matter to the trial court for sentencing. The conclusions of Hall J.A. are summarized in his reasons as follows (at p. 73):

By the end of the evidence, the case for a murder conviction against this accused was frankly a thin case. This case was also highly emotional by reason of these outrageous assaults. If one analyzes the activities of the two assailants, it seems to me to be an inescapable conclusion that the assaultive activity attributed to this [accused] all occurred after the infliction of the fatal harm and in circumstances where Biniaris' intention to assist in a murder is unclear. Nor, as I observed, is this a joint venture case of the sort where one or more of the parties may possess a deadly weapon like a gun or a knife. Biniaris very briefly participated as a party in an affray that had a fatal consequence. To found a conviction for murder against this [accused], I believe that the trier of fact would be required to find that Biniaris aided or abetted Stark with a murderous intent of the sort set out in s. 229(a)(ii); *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, 60 C.C.C. (3d) 97. On the facts here that was perhaps an open verdict one that was but very thinly supported by the evidence. The case for murder was sufficiently tenuous against Biniaris that I believe the murder verdict returned by the jury against this [accused] was not supported by the evidence.

Hall J.A. was very concerned about the shift in the underlying theory of culpability and, in particular, about the fact the Crown maintained its origi-

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

IV. Les décisions des cours d'instance inférieure

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 124 C.C.C. (3d) 58

(i) Le juge Hall, avec l'appui du juge Braidwood

Le juge Hall a conclu que la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre l'intimé était déraisonnable et ne s'appuyait pas sur la preuve. Se fondant sur le sous-al. 686(1)(b)(i) du *Code criminel*, il a rejeté l'appel mais a substitué un verdict d'homicide involontaire coupable et a renvoyé l'affaire au tribunal de première instance pour qu'il détermine la peine. Les conclusions du juge Hall sont résumées ainsi dans ses motifs (à la p. 73):

[TRADUCTION] Dès la fin de la présentation de la preuve, les éléments qui permettaient de déclarer le présent accusé coupable de meurtre étaient franchement peu nombreux. Cette affaire était également chargée d'émotions en raison de ces agressions révoltantes. Si on analyse les actes des deux agresseurs, il me semble qu'on ne peut que conclure que les actes d'agression attribués au présent [accusé] se sont tous produits après que les blessures mortelles eurent été infligées et dans des circonstances où il n'est pas évident que Biniaris avait l'intention d'aider à commettre un meurtre. J'ai remarqué qu'il ne s'agissait pas non plus d'un cas d'entreprise commune où une seule ou plusieurs parties peuvent être en possession d'une arme meurtrière comme une arme à feu ou un couteau. Biniaris a participé très brièvement à une bagarre qui a eu des conséquences fatales. Je crois que, pour pouvoir déclarer Biniaris coupable, le juge des faits devrait conclure qu'il a aidé ou encouragé Stark en ayant le genre d'intention meurtrière mentionné au sous-al. 229a)(ii); *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, 60 C.C.C. (3d) 97. À la lumière des faits de la présente affaire, ce verdict était peut-être possible, mais il ne s'appuyait que très peu sur la preuve. La preuve que Biniaris aurait commis un meurtre était si faible que je crois que le verdict de meurtre rendu contre lui par le jury ne s'appuyait pas sur la preuve.

Le juge Hall était très préoccupé par le changement survenu dans la thèse sous-jacente de la culpabilité et, notamment, par le fait que le ministère

12

13

nal position that the respondent Biniaris was the principal offender when, in Hall J.A.'s view, there was no longer any evidentiary basis to treat him as such.

(ii) Ryan J.A., dissenting

14

Ryan J.A. was of the opinion that the jury was entitled to conclude that the attack on Niven was a joint endeavor carried out by the respondent and Stark, and that the nature of the combined attack manifested the requisite intent to support a conviction for murder. She noted that the respondent had been the first to verbally challenge Niven and that he had entered the fray almost immediately after Stark had thrown Niven to the ground and begun punching him in the stomach. While there was evidence which could have been accepted by the jury as supporting the respondent's position that he lacked the necessary intent, Ryan J.A. was of the opinion that "[a]ll of these facts were for the jury to assess" (p. 77). In this light, she concluded that it was not unreasonable for the jury to convict the respondent of second degree murder. She would have dismissed the appeal.

V. Analysis

A. *Rights of Appeal from a Substituted Verdict*

15

Shortly before the hearing of this appeal, the Court invited the parties and the interveners to address a preliminary legal issue, which is unique to this appeal. Of the three cases before us, *Biniaris* is the only one where the appeal is by the Crown, from a judgment of the Court of Appeal dismissing an appeal by the accused from his conviction for murder, but substituting a conviction for manslaughter. The question arises, therefore, as to whether a substituted verdict gives rise to a right of appeal by the Crown, whether with leave, or as of right on the strength of a dissent in the Court of Appeal, within the language of s. 693(1) of the *Criminal Code*.

public maintenait sa position initiale selon laquelle l'intimé Biniaris était l'auteur principal du crime, alors qu'il n'y avait plus, selon lui, aucun élément de preuve qui permettait de le considérer comme tel.

(ii) Madame le juge Ryan, dissidente

Le juge Ryan était d'avis que le jury avait le droit de conclure que l'attaque contre Niven était une entreprise commune de l'intimé et de Stark, et que la nature de l'attaque concertée démontrait l'existence de l'intention requise pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre. Elle a souligné que l'intimé avait été le premier à défier verbalement Niven et qu'il s'était mêlé à la bagarre presque immédiatement après que Stark eut projeté Niven au sol et commencé à lui donner des coups de poing à l'estomac. Même s'il existait des éléments de preuve que le jury aurait pu considérer comme appuyant la position de l'intimé, selon laquelle il n'avait pas l'intention requise, le juge Ryan était d'avis qu'[TRADUCTION] «[i]l appartenait au jury d'évaluer tous ces faits» (p. 77). Compte tenu de cela, elle a décidé qu'il n'était pas déraisonnable que le jury déclare l'intimé coupable de meurtre au deuxième degré. Elle aurait rejeté l'appel.

V. Analyse

A. *Droits d'appel contre une substitution de verdict*

Peu avant l'audition du pourvoi, notre Cour a invité les parties et les intervenants à aborder une question de droit préliminaire propre au présent pourvoi. Des trois pourvois dont nous sommes saisis, le pourvoi *Biniaris* est le seul qui a été formé par le ministère public contre un arrêt de la Cour d'appel qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre, mais qui a substitué à cette dernière une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Se pose donc la question de savoir si une substitution de verdict confère au ministère public un droit d'appel avec autorisation ou de plein droit lorsqu'un juge de la Cour d'appel est dissident, au sens du par. 693(1) du *Code criminel*.

In this case, the Court of Appeal, acting under s. 686(1)(b)(i) and (3), dismissed the accused's appeal of his second degree murder conviction and substituted a conviction for manslaughter. This was clearly the correct procedure to follow in the case of a substituted verdict. See *R. v. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246 (C.A.). The issue was raised by this Court as to whether in substituting a verdict, a court of appeal "sets aside a conviction", and consequently provides the Crown with a right of appeal under s. 693(1), or whether, in substituting a verdict, a court of appeal "affirms a conviction" so as to give the accused an appeal from the conviction on the substituted offence under s. 691(1), or, possibly, both.

In *R. v. McGloan*, [1976] 2 S.C.R. 842, at p. 848, Ritchie J., writing for the majority, considered the argument that the Crown had no right of appeal under s. 621(1) (now s. 693(1)), on the grounds that a substituted verdict did not set aside a conviction. Ritchie J. rejected this argument, pointing to the order of the Supreme Court of Alberta (Appellate Division), which clearly stated that the original conviction was quashed and a new conviction substituted. It is frequently the practice of courts of appeal, in similar cases, to state in their orders that the original conviction is set aside and a new conviction is substituted.

While the language of s. 686(1)(b)(i) and (3) does not contain an explicit direction to a court of appeal to set aside a conviction, when a court of appeal dismisses the accused's appeal from the original conviction by substituting a verdict on another count or part of the indictment, the court of appeal implicitly sets aside the conviction by the trial court and also implicitly affirms the new conviction on the included offence. Thus, there are co-existing rights of appeal for both the accused,

Dans la présente affaire, la Cour d'appel s'est fondée sur le sous-al. 686(1)(b)(i) et sur le par. 686(3) pour rejeter l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et substituer à cette dernière une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Il s'agissait manifestement de la bonne façon de procéder en matière de substitution de verdict. Voir *R. c. Nantais*, [1966] 2 O.R. 246 (C.A.). Notre Cour s'est demandé si, en substituant un verdict, une cour d'appel «annule une déclaration de culpabilité» et confère ainsi au ministère public un droit d'appel fondé sur le par. 693(1), ou si, en substituant un verdict, une cour d'appel «confirme une déclaration de culpabilité», de sorte que l'accusé peut, en vertu du par. 691(1), en appeler de la déclaration de culpabilité relative à l'infraction substituée, ou encore si, en substituant un verdict, il se peut qu'elle fasse les deux à la fois.

Dans l'arrêt *R. c. McGloan*, [1976] 2 R.C.S. 842, à la p. 848, le juge Ritchie, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a examiné l'argument selon lequel le ministère public n'avait aucun droit d'appel en vertu du par. 621(1) (maintenant le par. 693(1)) du fait qu'une substitution de verdict n'annulait pas une déclaration de culpabilité. Le juge Ritchie a rejeté cet argument en attirant l'attention sur l'ordonnance de la Cour suprême de l'Alberta (Division d'appel), qui indiquait clairement que la déclaration de culpabilité initiale était annulée et remplacée par une nouvelle déclaration de culpabilité. Les cours d'appel ont souvent coutume, dans des affaires similaires, d'indiquer dans leurs ordonnances que la déclaration de culpabilité initiale est annulée et remplacée par une nouvelle déclaration de culpabilité.

Même si le texte du sous-al. 686(1)(b)(i) et celui du par. 686(3) n'ordonnent pas explicitement à une cour d'appel d'annuler une déclaration de culpabilité, il reste que, lorsqu'elle rejette l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité initiale en y substituant un verdict de culpabilité relativement à un autre chef ou à une autre partie de l'acte d'accusation, la cour d'appel annule implicitement la déclaration de culpabilité prononcée par le tribunal de première instance et confirme aussi implicite-

16

17

18

under s. 691, and the Crown, under s. 693, to this Court from a court of appeal order for a substituted verdict.

B. Whether the Reasonableness of a Verdict Is a Question of Law

19 This Court, in *Yebes*, *supra*, decided unequivocally that the reasonableness of a verdict, within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, involves a decision on a question of law, and as such gives rise to a further appeal to this Court. McIntyre J., speaking for a unanimous six-member panel of the Court, indicated that although the respondent Crown had raised that jurisdictional issue, it was not “strongly pressed” at the hearing of the appeal (p. 181). McIntyre J. recognized that although the proper qualification of the issue as either one of law, fact, or mixed fact and law was far from self-evident, there was no reason to treat it differently from the similar issue of whether a substantial wrong or miscarriage of justice had occurred, within the meaning of s. 686(1)(b)(iii). That having been interpreted as a question of law in *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, McIntyre J. concluded that whether a verdict was unreasonable or not supportable by the evidence also amounted to a question of law.

20 The revisiting of this issue in the current trilogy is based, in part, on an argument that the decision in *Yebes* was an unjustified departure from the previous state of the law, and that it has not been consistently followed by this Court since.

21 The terminology “question of fact”, “question of law”, “question of mixed fact and law”, “question of law alone”, as used in the *Criminal Code* and in the case law in relation to rights of appeal has created serious difficulties of interpretation that are

ment la nouvelle déclaration de culpabilité relative à l’infraction incluse. Ainsi l’accusé, en vertu de l’art. 691, et le ministère public, en vertu de l’art. 693, bénéficient de droits coexistants d’interjeter appel devant notre Cour contre une ordonnance de substitution de verdict rendue par une cour d’appel.

B. Le caractère raisonnable d’un verdict est-il une question de droit?

Dans l’arrêt *Yebes*, précité, notre Cour a décidé sans équivoque que la question de savoir si un verdict est déraisonnable au sens du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel* implique une décision sur une question de droit et que, pour cette raison, elle donne naissance à un appel supplémentaire devant notre Cour. Le juge McIntyre, s’exprimant au nom d’une formation unanime de six juges de notre Cour, a indiqué que, même si le ministère public intimé avait soulevé cette question de compétence, il n’avait «pas insisté» sur ce point à l’audition du pourvoi (p. 181). Le juge McIntyre a reconnu que, même s’il était loin d’être évident en soi que la question devait être qualifiée de question de droit, de question de fait ou de question mixte de droit et de fait, il n’y avait aucune raison de la traiter différemment de la question similaire de savoir s’il y avait eu tort important ou erreur judiciaire grave au sens du sous-al. 686(1)b(iii). Étant donné que cette question avait été interprétée comme une question de droit dans l’arrêt *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, le juge McIntyre a conclu que la question de savoir si un verdict était déraisonnable ou ne pouvait pas s’appuyer sur la preuve constituait aussi une question de droit.

Le réexamen de cette question dans la présente trilogie est fondé en partie sur l’argument que l’arrêt *Yebes* constituait une dérogation injustifiée à l’état antérieur du droit et qu’il n’a pas toujours été suivi par notre Cour depuis lors.

Les expressions «question de fait», «question de droit», «question mixte de droit et de fait», «question de droit seulement», qui sont utilisées dans le *Code criminel* et la jurisprudence relativement aux droits d’appel, sont à l’origine de grandes diffi-

best resolved by a broad, purposive interpretative approach, adopted by Iacobucci J. in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21 (quoting E. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87):

Today there is only one principle or approach [to statutory interpretation], namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

The sole purpose of the exercise here, in identifying the reasonableness of a verdict as a question of fact, law or both, is to determine access to appellate review. One can plausibly maintain, on close scrutiny of any decision under review, that the conclusion that a verdict was unreasonable was reached sometimes mostly as a matter of law, in other cases predominantly as a matter of factual assessment. But when that exercise is undertaken as a jurisdictional threshold exercise, little is gained by embarking on such a case-by-case analysis. Rather, it is vastly preferable to look at the overall nature of these kinds of decisions, and of their implications. Ideally, threshold jurisdictional issues should be as straightforward and free of ambiguity as possible. Otherwise, as these and many similar cases illustrate, courts spend an inordinate amount of time and effort attempting to ascertain their jurisdiction, while their resources would be better employed dealing with the issues on their merits.

Whether a conviction can be said to be unreasonable, or not supported by the evidence, imports in every case the application of a legal standard. The process by which this standard is applied inevitably entails a review of the facts of the case. I will say more about the review process below. As a jurisdictional issue of appellate access, the application of that legal standard is enough to make the question a question of law. It is of no import to

cultés d'interprétation qui sont mieux résolues au moyen de la méthode d'interprétation large et fondée sur l'objet visé, que le juge Iacobucci a adoptée dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21 (en citant E. Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87):

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution [en matière d'interprétation législative]: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

En l'espèce, la qualification du caractère raisonnable d'un verdict de question de fait, de question de droit ou de question mixte de droit et de fait vise seulement à déterminer l'existence d'un droit d'appel. Après avoir examiné attentivement une décision qui fait l'objet d'un contrôle, on peut soutenir de façon plausible, dans certains cas, que la conclusion qu'un verdict était déraisonnable a été prise surtout du point de vue du droit, et dans d'autres cas, qu'elle résulte principalement d'une évaluation factuelle. Mais si on procède à cette qualification pour déterminer l'existence de compétence au départ, il est peu utile d'effectuer une telle analyse dans chaque cas. Au contraire, il vaut beaucoup mieux examiner la nature globale de ces types de décision et de leurs conséquences. Idéalement, les questions préliminaires de compétence devraient être aussi simples et claires que possible. Sans cela, comme la présente affaire et de nombreuses affaires semblables le démontrent, les tribunaux consacrent énormément de temps et d'efforts à tenter de vérifier s'ils ont compétence, alors que leurs ressources seraient beaucoup mieux utilisées s'ils examinaient les questions au fond.

La question de savoir si on peut dire qu'une déclaration de culpabilité est déraisonnable ou ne s'appuie pas sur la preuve mène, dans chaque cas, à l'application d'une norme juridique. L'application de cette norme commande inévitablement l'examen des faits de l'affaire. J'en dirai davantage plus loin au sujet du processus d'examen. Du fait qu'elle est appliquée pour déterminer la compétence en matière d'appel, cette norme juridique

suggest that it is not a “pure question of law”, or that it is not a “question of law alone”.

suffit pour faire de la question une question de droit. Il n’importe pas d’indiquer qu’il ne s’agit ni d’une «pure question de droit» ni d’une «question de droit seulement».

24

Triers of fact, whether juries or judges, have considerable leeway in their appreciation of the evidence and the proper inferences to be drawn therefrom, in their assessment of the credibility of witnesses, and in their ultimate assessment of whether the Crown’s case is made out, overall, beyond a reasonable doubt. Any judicial system must tolerate reasonable differences of opinion on factual issues. Consequently, all factual findings are open to the trier of fact, except unreasonable ones embodied in a legally binding conviction. Although reasonable people may disagree about their appreciation of the facts, a conviction, which conveys legality, authority and finality, is not something about which reasonable people may disagree. A conviction cannot be unreasonable, except as a matter of law, in which case it must be overturned.

Le juge des faits, peu importe qu’il soit un jury ou un juge, jouit d’une grande latitude pour apprécier la preuve et décider des conclusions qu’il faut en tirer, pour évaluer la crédibilité des témoins et, en fin de compte, pour déterminer si le ministère public a présenté, dans l’ensemble, une preuve hors de tout doute raisonnable. Tout système judiciaire doit tolérer les divergences d’opinions raisonnables sur des questions de fait. Par conséquent, il est loisible au juge des faits de tirer toute conclusion de fait, sauf des conclusions déraisonnables qui sous-tendent une déclaration de culpabilité exécutoire en droit. Bien que des gens raisonnables puissent avoir une appréciation des faits différente, une déclaration de culpabilité, qui a une connotation de légalité, d’autorité et de caractère final, n’est pas une question sur laquelle ils peuvent être en désaccord. Une déclaration de culpabilité ne peut être déraisonnable que sur le plan du droit, et doit être annulée le cas échéant.

25

Very little additional insight is gained by elaborate exercises in statutory interpretation. The intention of Parliament is better ascertained in broad terms than by microscopic examination of the relevant provisions of the *Criminal Code*. Although the cases before us today come as of right, on the basis of a dissent in the Court of Appeal, I think that the fact that they are appeals as of right obscures the true nature of the debate on the question of reviewability of alleged unreasonable convictions. Access to the Supreme Court is generally reserved for important cases that have legal significance. Inevitably, not all appeals as of right have great legal importance, although the assumption is that, as a category, they do. As with all other questions of law, not all dissents in an appeal court on the issue of unreasonable verdict rest on a question of great importance. However, if the reasonableness of a conviction is not a question of law, no right of appeal will exist from a decision on that issue, not even with leave of the Court. This result would, in my view, be incompatible with the inten-

Les exercices approfondis d’interprétation législative ne nous éclairent pas beaucoup. Il vaut mieux établir l’intention du législateur de manière générale plutôt que de le faire au moyen d’un examen à la loupe des dispositions pertinentes du *Code criminel*. Bien que les pourvois dont nous sommes saisis aujourd’hui soient des pourvois de plein droit en raison d’une dissidence en cour d’appel, j’estime que le fait qu’il s’agisse de pourvois de plein droit masque la vraie nature du débat sur la question de la possibilité d’examiner les allégations de déclaration de culpabilité déraisonnable. L’accès à la Cour suprême est généralement réservé aux affaires importantes sur le plan juridique. Les pourvois de plein droit n’ont pas tous nécessairement une grande importance sur le plan juridique, même si on tient pour acquis qu’ils ont cette importance en tant que catégorie. À l’instar d’autres questions de droit, les dissidences en cour d’appel sur la question du verdict déraisonnable ne reposent pas toutes sur une question de grande importance. Cependant, si le caractère raisonnable

tion of Parliament expressed, overall, in the totality of the scheme for appellate review.

Criminal appeals on questions of law are based in part on the desire to ensure that criminal convictions are the product of error-free trials. Error-free trials are desirable as such, but even more so as a safeguard against wrongful convictions. It is inconceivable that Parliament would have permitted access, by leave or as of right, to this Court, in the case of trials or appeals affected by legal error, but would have granted no access whatsoever in the case of possibly the gravest error of all: an unreasonable conviction, or one that cannot be supported by the evidence.

The conclusion that a finding by an appeal court that a verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence raises a question of law is in harmony with the overall intent and spirit of the two-tier criminal appeal structure in the *Criminal Code*, even if there are some statutory constructions that may lend support to a different conclusion. Several of these constructions were advanced, none of which, in my view, is conclusive.

(i) Sections 686(1)(a)(i) and 686(1)(a)(ii)

For instance, the contrast between s. 686(1)(a)(i) and s. 686(1)(a)(ii) has been relied upon to suggest that the opinion of a court of appeal that the verdict is unreasonable is merely an opinion on a question of fact. For convenience, I will set these subsections out again:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal:

d'une déclaration de culpabilité n'est pas une question de droit, il n'y aura aucun droit d'en appeler d'une décision sur ce point, pas même avec l'autorisation de la Cour. J'estime que ce résultat serait incompatible avec l'intention que le législateur a exprimée dans l'ensemble du régime de contrôle en appel.

Les appels sur des questions de droit en matière criminelle reposent en partie sur la volonté d'assurer que les déclarations de culpabilité criminelle résultent de procès dénués de toute erreur. Les procès dénués de toute erreur sont souhaitables en soi, mais à plus forte raison en tant que moyen d'éviter les déclarations de culpabilité erronées. Il est inconcevable que le législateur ait accordé le droit de se pourvoir devant notre Cour, avec autorisation ou de plein droit, dans le cas de procès ou d'appels entachés d'une erreur de droit, mais qu'il ne l'ait pas fait dans le cas de l'erreur qui est peut-être la plus grave de toutes: une déclaration de culpabilité qui est déraisonnable ou qui ne peut pas s'appuyer sur la preuve.

La conclusion que la décision d'une cour d'appel qu'un verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve soulève une question de droit est conforme à l'intention générale et à l'esprit du régime d'appel à deux niveaux établi par le *Code criminel*, même si certaines interprétations de la loi peuvent étayer une conclusion différente. Plusieurs de ces interprétations ont été avancées, mais j'estime qu'aucune d'elles n'est concluante.

(i) Les sous-al. 686(1)a)(i) et 686(1)a)(ii)

Par exemple, on a invoqué le contraste entre les sous-al. 686(1)a)(i) et 686(1)a)(ii) pour prétendre que l'avis d'une cour d'appel que le verdict est déraisonnable n'est qu'une simple opinion sur une question de fait. Pour plus de commodité, je reproduis de nouveau le texte de ces sous-alinéas:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

26

27

28

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law. . . .

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit . . .

29

The reasoning is that if it were a question of law, there would be no need for both s. 686(1)(a)(i) and s. 686(1)(a)(ii). See *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen*, [1969] S.C.R. 221, at pp. 237-38; *Lampard v. The Queen*, [1969] S.C.R. 373, at pp. 380-81. This inference from the wording of the two subsections is far from inescapable. True, the remedial power contained in s. 686(1)(a)(i) may be linked to the jurisdiction of the court of appeal to entertain, with leave, questions of mixed fact and law or indeed questions of fact (see s. 675(1)(a)(ii)). However, it may also be viewed as a question of law that needed to be specifically identified as a basis for appellate intervention, since it would not fit well under the terminology used in s. 686(1)(a)(ii): an unreasonable verdict is not a "wrong decision on a question of law". It is also arguable that the two subsections may coexist without creating a redundancy or in any way doing violence to the idea that an unreasonable verdict is a question of law, by contrasting the word "verdict" in s. 686(1)(a)(i) with the phrase "judgment of the trial court" in s. 686(1)(a)(ii). The "verdict" could be seen as referring to the wrong legal conclusion of the trial judge or the jury on the ultimate issue of guilt or innocence, as opposed to the wrong legal conclusions of the trial judge on a myriad of issues of substantive law, procedure and evidence.

On fait valoir que, s'il s'agissait d'une question de droit, les sous-al. 686(1)a(i) et 686(1)a(ii) seraient tous les deux inutiles. Voir *Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. c. The Queen*, [1969] R.C.S. 221, aux pp. 237 et 238; *Lampard c. The Queen*, [1969] R.C.S. 373, aux pp. 380 et 381. Cette déduction du libellé des deux sous-alinéas est loin d'être inévitable. Il est vrai que le pouvoir de redressement prévu au sous-al. 686(1)a(i) peut être lié à la compétence de la cour d'appel d'examiner, avec son autorisation, des questions mixtes de droit et de fait ou, même, des questions de fait (voir le sous-al. 675(1)a(ii)). Il peut également être perçu comme une question de droit devant être décrite expressément comme justifiant l'intervention d'une cour d'appel, étant donné qu'il ne correspond pas bien à la terminologie utilisée au sous-al. 686(1)a(ii): un verdict déraisonnable n'est pas une «décision erronée sur une question de droit». Si on oppose le mot «verdict» figurant au sous-al. 686(1)a(i) à l'expression «jugement du tribunal de première instance» figurant au sous-al. 686(1)a(ii), on peut également prétendre que les deux sous-alinéas peuvent coexister sans créer de redondance ni aucunement aller à l'encontre de l'idée que le caractère déraisonnable d'un verdict est une question de droit. Le «verdict» pourrait être interprété comme visant la conclusion de droit erronée du juge du procès ou du jury sur la question fondamentale de la culpabilité ou de l'innocence, par opposition aux conclusions de droit erronées du juge du procès sur une multitude de questions de droit substantiel, de procédure et de preuve.

(ii) “Question of Law Alone” and Unreasonable Acquittals

Various arguments have been advanced, based on the implications that should flow from the use of the expression “question of law alone” in s. 676(1)(a), which provides for appeals by the Crown to the court of appeal. These arguments are of little assistance or consequence in determining the scope of access to this Court under ss. 691 or 693. The use of that expression can be taken to mean either that the Crown has a right of appeal from an acquittal only on a question of law, or that there is such a thing as a “question of law alone”, which is distinct from a “question of law”. I think it means the former. It is used in contrast to the right of the accused to appeal both on questions of law, questions of fact, and questions of mixed fact and law (see s. 675(1)(a)(i) and (ii)), and it is of no assistance in further defining the scope of the expression “question of law” in ss. 691 and 693.

The fact that a “question of law alone” is nothing different than a “question of law”, and that the reasonableness of a verdict is a “question of law” within the meaning of s. 686(1)(a)(i), raises the question of whether the Crown will have a right of appeal against an “unreasonable acquittal”. Although this question does not squarely arise on the facts of any of the three cases before us, it arises unavoidably since the interpretation given to “question of law” in s. 693(1) must equally apply to the phrase “question of law alone” in ss. 675(1) and 676(1). The conclusion that the reasonableness of a verdict always raises a question of law has a single, inevitable, consequence for these two sections: an accused person does not require leave to appeal under s. 675(1) where he or she challenges the reasonableness of the verdict. On the other

(ii) «Question de droit seulement» et acquittements déraisonnables

On a avancé divers arguments fondés sur les conséquences que devrait entraîner l’utilisation de l’expression «question de droit seulement» à l’al. 676(1)a), qui prévoit que le ministère public peut interjeter appel devant la cour d’appel. Ces arguments ont peu d’utilité ou d’importance pour ce qui est de déterminer la portée du droit d’appel devant notre Cour qui est prévu à l’art. 691 ou à l’art. 693. Le recours à cette expression peut s’interpréter comme signifiant soit que le ministère public n’a le droit d’en appeler d’un acquittement que sur une question de droit, soit qu’il existe une notion de «question de droit seulement» qui est distincte de la notion de «question de droit». J’estime que la première interprétation est la bonne. L’expression est utilisée par opposition au droit de l’accusé d’interjeter appel autant sur des questions de droit et des questions de fait que sur des questions mixtes de fait et de droit (voir les sous-al. 675(1)a)(i) et (ii)), et elle n’est d’aucune utilité pour ce qui est de définir davantage la portée de l’expression «question de droit» qui figure aux art. 691 et 693.

Le fait qu’une «question de droit seulement» ne diffère guère d’une «question de droit» et que le caractère raisonnable d’un verdict est une «question de droit» au sens du sous-al. 686(1)a)(i) soulève la question de savoir si le ministère public aura le droit d’en appeler d’un «acquittement déraisonnable». Même si cette question ne se pose pas directement d’après les faits de l’une ou l’autre des trois pourvois dont nous sommes saisis, elle se pose immanquablement étant donné que l’interprétation donnée à l’expression «question de droit» qui figure au par. 693(1) doit également s’appliquer aux expressions «simple question de droit» et «question de droit seulement» qui figurent aux par. 675(1) et 676(1) respectivement. La conclusion que le caractère raisonnable d’un verdict soulève toujours une question de droit a une seule conséquence inévitable pour ces deux paragraphes: l’accusé qui conteste le caractère raisonnable du verdict n’a pas besoin d’une autorisation d’appel fondée sur le par. 675(1). Par contre, cela ne com-

30

31

hand, it will not affect the Crown's rights of appeal from an acquittal in any way.

promet aucunement le droit du ministère public d'en appeler d'un acquittement.

32

In their written submissions, both the Attorney General for Ontario and the Attorney General of Manitoba (who participated in the companion cases) recognized that the law, as it stood at the time of the appeal, is clear that the Crown has no right of appeal from an acquittal on the ground that it was unreasonable, because the reasonableness of a verdict is a question of fact (or one of mixed fact and law). See, e.g., *Sunbeam, supra*, at p. 233; *Lampard, supra*, at pp. 380-81; *Ciglen v. The Queen*, [1970] S.C.R. 804, at pp. 814-15, per Cartwright C.J., dissenting; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57, at pp. 70-71; *R. v. H. (D.S.) and N. (J.D.)*, [1994] 2 S.C.R. 392, rev'g (1994), 90 C.C.C. (3d) 564 (B.C.C.A.); *R. v. Blundon* (1993), 84 C.C.C. (3d) 249 (Nfld. C.A.), at pp. 279-80. There can be no suggestion that the Crown's right of appeal at first instance is being enlarged or expanded to include "unreasonable acquittals" as a result of the determination that the reasonableness of a verdict is a "question of law" as well as a "question of law alone". As before, the Crown is barred from appealing an acquittal on the sole basis that it is unreasonable, without asserting any other error of law leading to it.

Dans leur argumentation écrite, le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Manitoba (qui a participé aux pourvois connexes) ont tous les deux reconnu qu'il était clair, selon l'état du droit à l'époque du pourvoi, que le ministère public n'avait aucun droit d'en appeler d'un acquittement pour le motif qu'il est déraisonnable, parce que le caractère raisonnable d'un verdict est une question de fait (ou une question mixte de fait et de droit). Voir, par exemple, *Sunbeam*, précité, à la p. 233; *Lampard*, précité, aux pp. 380 et 381; *Ciglen c. La Reine*, [1970] R.C.S. 804, aux pp. 814 et 815, le juge en chef Cartwright, dissident; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57, aux pp. 70 et 71; *R. c. H. (D.S.) et N. (J.D.)*, [1994] 2 R.C.S. 392, inf. (1994), 90 C.C.C. (3d) 564 (C.A.C.-B.); *R. c. Blundon* (1993), 84 C.C.C. (3d) 249 (C.A.T.-N.), aux pp. 279 et 280. On ne saurait laisser entendre que, de prime abord, le droit d'appel du ministère public est élargi de manière à viser les «acquittements déraisonnables» en raison de la décision que le caractère raisonnable d'un verdict est à la fois une «question de droit» et une «question de droit seulement». Comme c'était le cas auparavant, il est interdit au ministère public d'en appeler d'un verdict d'acquiescement pour la seule raison qu'il est déraisonnable, sans invoquer quelque autre erreur de droit à l'origine de ce verdict.

33

There is no anomaly in this result. The powers of the court of appeal in the case of Crown appeals on a question of law are contained in s. 686(4) of the *Code*. There is no reference in that section to an unreasonable verdict. This is consistent with the limited rights of appeal conferred on the Crown by s. 676(1). The absence of language granting a remedial power corresponding to s. 686(1)(a)(i), suggests that Parliament did not intend "unreasonable acquittals" to be appealable by the Crown at first instance. Further, and more importantly, as a matter of law, the concept of "unreasonable acquittal" is incompatible with the presumption of innocence and the burden which rests on the prosecution to prove its case beyond a reasonable doubt. See *Lampard, supra*, at pp. 380-81; *Schuldt v. The*

Cela n'a rien d'anormal. Les pouvoirs de la cour d'appel en matière d'appels interjetés par le ministère public sur une question de droit sont énoncés au par. 686(4) du *Code*. Il n'y a aucune mention de verdict déraisonnable dans ce paragraphe. Cela est compatible avec les droits d'appel limités que le par. 676(1) confère au ministère public. L'absence de termes accordant un pouvoir de redressement correspondant à celui prévu au sous-al. 686(1)(a)(i) indique que le législateur n'a pas voulu que les «acquittements déraisonnables» puissent, de prime abord, faire l'objet d'un appel du ministère public. En outre et qui plus est, la notion d'«acquittement déraisonnable» est incompatible, en droit, avec la présomption d'innocence et l'obligation qu'a la poursuite de présenter une preuve hors de tout

Queen, [1985] 2 S.C.R. 592, at p. 610; *B. (G.)*, *supra*, at pp. 70-71. Since, different policy considerations apply in providing the Crown with a right of appeal against acquittals, it seems to me that there is no principle of parity of appellate access in the criminal process that must inform our interpretation of this issue.

(iii) Redundancy

Finally, there is little merit in the argument, which is more one of policy than of statutory interpretation, that a second level of assessment of the reasonableness of a verdict is unnecessary since this Court is in no better position than courts of appeal to arrive at a correct answer, and that the exercise is merely repetitious. The review by the Supreme Court of a decision by a court of appeal that a verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence is in reality the first level of appellate review of that conclusion. The court of appeal, in examining the issue, obviously does not have the benefit of the analysis of the question by the trial court, as it would, or should, on legal issues such as the admissibility of evidence or the availability of a defence. The determination of the reasonableness of the verdict is therefore an original decision by the court of appeal, and there is no reason to bar the possibility of a review of that important decision.

In the end, there is no statutory interpretation principle that precludes the conclusion reached in *Yebe*s, which is in accordance with the overriding principle expressed in *Rizzo Shoes*, *supra*. To the extent that decisions subsequent to *Yebe*s may have suggested that the reasonableness of a verdict does not raise a question of law so as to give rise to a right of appeal, either as of right or by leave, under ss. 691 or 693 of the *Criminal Code*, these decisions in my view are in error, and *Yebe*s must be reaffirmed. Three cases were brought to our attention which are said to cast doubt on whether the reasonableness of a verdict involves a question of

doute raisonnable. Voir *Lampard*, précité, aux pp. 380 et 381; *Schuldt c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 592, à la p. 610; *B. (G.)*, précité, aux pp. 70 et 71. Vu que différentes considérations de principe s'appliquent à l'attribution au ministère public d'un droit d'appel contre des acquittements, il me semble que le processus criminel ne comporte aucun principe de parité en matière de droit d'appel qui doit sous-tendre notre interprétation de cette question.

(iii) La redondance

Enfin, il y a peu de fondement à l'argument — qui relève davantage de la politique générale que de l'interprétation de la loi — qu'un deuxième niveau d'évaluation du caractère raisonnable d'un verdict est inutile vu que notre Cour n'est pas mieux placée que les cours d'appel pour trouver la bonne réponse et qu'il ne s'agit là que d'un exercice redondant. L'examen par la Cour suprême de la décision d'une cour d'appel qu'un verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve constitue en réalité le premier niveau de contrôle en appel de cette conclusion. Lorsqu'elle examine la question, la cour d'appel ne bénéficie évidemment, à ce sujet, d'aucune analyse du tribunal de première instance comme ce serait le cas, ou ce devrait être le cas, relativement à des questions de droit comme l'admissibilité de la preuve ou la possibilité d'invoquer un moyen de défense. La détermination du caractère raisonnable du verdict est donc une décision originale de la cour d'appel, et rien ne justifie d'écarter la possibilité de contrôler cette décision importante.

En définitive, aucun principe d'interprétation législative n'empêche de tirer la conclusion à laquelle on est arrivé dans l'arrêt *Yebe*s, laquelle est conforme au principe dominant énoncé dans l'arrêt *Rizzo Shoes*, précité. Dans la mesure où les décisions postérieures à l'arrêt *Yebe*s peuvent avoir laissé entendre que le caractère raisonnable d'un verdict ne soulève pas une question de droit susceptible de donner naissance à un droit d'appel de plein droit ou avec autorisation en vertu de l'art. 691 ou de l'art. 693 du *Code criminel*, ces décisions sont, selon moi, erronées et l'arrêt *Yebe*s doit être confirmé à nouveau. On nous a signalé

law. In all three cases, two of which were appeals by the Crown and one by the defence, this Court quashed the appeal which was launched as of right on the basis of a dissent in the court of appeal on the question of whether the verdict was reasonable. See *R. v. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430 (Ont. C.A.), appeal quashed, [1997] 1 S.C.R. 304; *R. v. Osvath* (1996), 87 O.A.C. 274 (C.A.), appeal quashed, [1997] 1 S.C.R. 7; *R. v. Hamilton*, [1997] Q.J. No. 67 (QL) (C.A.), appeal quashed June 2, 1997, [1997] S.C.C.A. No. 105 (QL). The quashing of these appeals, which implies an absence of jurisdiction rather than a disposition of the appeal on the merits, could be viewed as a proper application of *Yebe*s. Arguably, *Yebe*s left open the possibility that some dissents in appellate courts on the unreasonableness of a verdict may not amount to dissents on a question of law. After referring to the difficulty in drawing a clear line between a question of fact and one of law, and in response to the argument advanced by the Crown in that case that there was no point of law dividing the majority and the dissenting judge in the Court of Appeal, McIntyre J. said, at p. 181:

Therefore, whether or not an appeal raises a question of law can only be determined after an examination of both the statements of law and the application of the law to the facts in the courts below.

This may be taken to suggest that some, but not all differences of opinion about the reasonableness of a verdict will give rise to a question of law. Others, presumably, would at best involve a mixed question of fact and law, or a simple disagreement on the facts. With respect, I do not agree that such a distinction was intended by *Yebe*s. It is both unsound and undesirable. When a conviction is said to be unreasonable, or unsupported by the evidence, it is that conclusion itself that raises a question of law, not merely the process by which the conclusion was reached. Therefore, there is no need to determine whether that conclusion was

trois arrêts dont on dit qu'ils sèment un doute quant à savoir si le caractère raisonnable d'un verdict soulève une question de droit. Dans ces trois arrêts, où l'appel avait été interjeté par le ministère public dans deux cas et par la défense dans l'autre cas, notre Cour a annulé le pourvoi qui avait été formé de plein droit en raison d'une dissidence en cour d'appel sur la question de savoir si le verdict était raisonnable. Voir *R. c. Jensen* (1996), 106 C.C.C. (3d) 430 (C.A. Ont.), pourvoi annulé, [1997] 1 R.C.S. 304; *R. c. Osvath* (1996), 87 O.A.C. 274 (C.A.), pourvoi annulé, [1997] 1 R.C.S. 7; *R. c. Hamilton*, [1997] A.Q. n° 67 (QL) (C.A.), pourvoi annulé le 2 juin 1997, [1997] C.S.C.R. n° 105 (QL). L'annulation de ces pourvois, qui implique l'absence de compétence plutôt qu'une décision sur le fond, pourrait être interprétée comme une application correcte de l'arrêt *Yebe*s. On peut prétendre que ce dernier arrêt n'a pas écarté la possibilité que certaines dissidences, en cour d'appel, sur le caractère déraisonnable d'un verdict ne constituent pas des dissidences sur une question de droit. Après avoir mentionné la difficulté de tracer une ligne de démarcation claire entre une question de fait et une question de droit, et pour répondre à l'argument du ministère public qu'il n'y avait, dans cette affaire, aucun point de droit sur lequel ne s'entendaient pas les juges majoritaires et le juge dissident de la Cour d'appel, le juge McIntyre a dit, à la p. 181:

Par conséquent, la question de savoir si un appel soulève une question de droit ne peut être tranchée qu'après un examen des principes de droit et l'application du droit aux faits par les cours d'instance inférieure.

Cela peut être interprété comme indiquant que les divergences d'opinions sur le caractère raisonnable d'un verdict ne soulèvent pas toutes une question de droit. Certaines divergences d'opinions ne constitueraient vraisemblablement tout au plus qu'une question mixte de droit et de fait, ou un simple désaccord sur les faits. En toute déférence, je ne suis pas d'accord pour dire qu'on a voulu établir une telle distinction dans l'arrêt *Yebe*s. Pareille distinction est à la fois boiteuse et non souhaitable. Lorsqu'on dit qu'une déclaration de culpabilité est déraisonnable ou qu'elle ne s'appuie pas sur la preuve, c'est cette conclusion même qui soulève

arrived at by the application of the wrong legal test, or otherwise tainted by a legal irregularity, since even when it applies the right test, in an error-free process, the court of appeal must be right, as a matter of law, on the legal appreciation of the verdict as a reasonable one. This approach is also consistent with the need for clarity in jurisdictional matters. There certainly would be little judicial economy in embarking upon a characterization of the appellate exercise as one of fact, rather than law, as a threshold determination of jurisdiction. Rather than streamlining or reducing appeals, it would add to their litigiousness, but on the wrong question.

C. Whether the Standard of Review Under Section 686(1)(a)(i) Should Be Modified

The test for an appellate court determining whether the verdict of a jury or the judgment of a trial judge is unreasonable or cannot be supported by the evidence has been unequivocally expressed in *Yebe*s as follows:

[C]urial review is invited whenever a jury goes beyond a reasonable standard. . . . [T]he test is 'whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered'.

(*Yebe*s, *supra*, at p. 185 (quoting *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, at p. 282, *per Pigeon J.*.)

That formulation of the test imports both an objective assessment and, to some extent, a subjective one. It requires the appeal court to determine what verdict a reasonable jury, properly instructed, could judicially have arrived at, and, in doing so, to review, analyse and, within the limits of appellate disadvantage, weigh the evidence. This latter process is usually understood as referring to a subjective exercise, requiring the appeal court to examine the weight of the evidence, rather than its bare sufficiency. The test is therefore mixed, and it is more helpful to articulate what the application of

une question de droit, et non simplement la façon dont on en est arrivé à cette conclusion. Il est donc inutile de déterminer si cette conclusion résulte de l'application du mauvais critère juridique ou si elle est par ailleurs entachée d'une irrégularité en droit, car même lorsqu'elle applique le bon critère en l'absence de toute erreur, la cour d'appel doit avoir raison en droit lorsqu'elle juge que le verdict est raisonnable. Ce point de vue est également compatible avec le besoin de clarté en matière de compétence. L'économie des ressources judiciaires serait sûrement faible si on entreprenait de qualifier de question de fait, plutôt que de droit, l'exercice auquel se livre une cour d'appel pour déterminer si elle a compétence au départ. Au lieu de rationaliser les appels ou d'en réduire le nombre, cela aurait pour effet d'en accroître le caractère litigieux, mais relativement à la mauvaise question.

C. La norme de contrôle en vertu du sous-al. 686(1)a)(i) devrait-elle être modifiée?

Le critère qu'une cour d'appel doit appliquer pour déterminer si le verdict d'un jury ou le jugement d'un juge du procès est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve a été énoncé clairement dans l'arrêt *Yebe*s:

[I]l doit y avoir révision judiciaire chaque fois que le jury dépasse une norme raisonnable. [. . .] [L]e 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».

(*Yebe*s, précité, à la p. 185 (citant *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, à la p. 282, le juge Pigeon).)

Cette formulation du critère implique à la fois une évaluation objective et, dans une certaine mesure, une évaluation subjective. Elle oblige la cour d'appel à déterminer quel verdict un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière judiciaire, aurait pu rendre, et ce faisant, à examiner, à analyser et, dans la mesure où il est possible de le faire compte tenu de la situation désavantageuse dans laquelle se trouve un tribunal d'appel, à évaluer la preuve. Ce dernier processus est généralement considéré comme un exercice subjectif qui oblige la cour d'appel à examiner

that test entails, than to characterize it as either an objective or a subjective test.

l'importance de la preuve, et non seulement à vérifier si elle est suffisante. Le critère est donc mixte, et il est plus utile de décrire les conséquences de son application que de le qualifier d'objectif ou de subjectif.

37

The *Yeves* test is expressed in terms of a verdict reached by a jury. It is, however, equally applicable to the judgment of a judge sitting at trial without a jury. The review for unreasonableness on appeal is different, however, and somewhat easier when the judgment under attack is that of a single judge, at least when reasons for judgment of some substance are provided. In those cases, the reviewing appellate court may be able to identify a flaw in the evaluation of the evidence, or in the analysis, that will serve to explain the unreasonable conclusion reached, and justify the reversal. For example, in *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, this Court was in a position to identify the deficiencies in the trial judge's analysis of the evidence which led to her unreasonable conclusions in respect of the three counts of indecent assault facing the accused. In that case, Sopinka J. found that the trial judge had ignored the possibility of collusion or corroboration between witnesses before accepting their "strikingly similar" evidence, had not been alive to circumstances (i.e., the absence of physical traces of an alleged indecent assault which, if true, should have left observable marks) which caused great concern about the reliability of evidence adduced in support of allegations of a bizarre nature, and had relied uncritically on unorthodox identification evidence. Similarly, in *R. v. Reitsma*, [1998] 1 S.C.R. 769, rev'g (1997), 97 B.C.A.C. 303, this Court agreed with Rowles J.A., dissenting, that the trial judge had failed to advert to deficiencies in the pre-trial identification procedure and the shortcoming of "in-dock" identification. Finally, in *R. v. O'Connor* (1998), 123 C.C.C. (3d) 487 (B.C.C.A.), at pp. 492-93 and 518-20, the trial judge accepted the accused's evidence that he was not present at the place where the offence was alleged to have been committed, and yet convicted the accused. This logical inconsistency was relied upon by the Court of Appeal to explain the unreasonableness of the verdict. These examples demonstrate that in trials by judge alone, the court

Le critère de l'arrêt *Yeves* est formulé en fonction d'un verdict prononcé par un jury, mais il s'applique tout autant au jugement d'un juge siégeant sans jury. L'examen en appel du caractère déraisonnable est toutefois différent et un peu plus facile lorsque le jugement contesté est celui d'un juge seul, du moins quand il y a des motifs de jugement assez substantiels. Le cas échéant, le tribunal d'appel qui procède à l'examen est parfois en mesure de déceler une lacune dans l'évaluation de la preuve ou dans l'analyse, qui servira à expliquer la conclusion déraisonnable qui a été tirée, et à justifier l'annulation. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, notre Cour a été en mesure de déceler les lacunes de l'analyse de la preuve qui avaient amené le juge du procès à tirer des conclusions déraisonnables sur les trois chefs d'attentat à la pudeur auxquels faisait face l'accusé. Dans cet arrêt, le juge Sopinka a décidé, d'une part, que le juge du procès n'avait tenu compte ni de la possibilité de collusion ou de corroboration entre les témoins avant d'accepter leurs dépositions d'une « ressemblance frappante », ni des circonstances (c'est-à-dire l'absence d'indices physiques d'un prétendu attentat à la pudeur qui, s'il s'était produit, aurait dû laisser des traces visibles) qui soulevaient de sérieux doutes au sujet de la fiabilité de la preuve produite à l'appui d'étranges allégations, et d'autre part, que celui-ci s'était fondé, sans se poser de questions, sur une preuve d'identification inhabituelle. De même, dans l'arrêt *R. c. Reitsma*, [1998] 1 R.C.S. 769, inf. (1997), 97 B.C.A.C. 303, notre Cour a conclu, à l'instar du juge Rowles, dissidente en cour d'appel, que le juge du procès n'avait fait aucune allusion aux lacunes de la procédure d'identification préalable au procès et à la faiblesse de l'identification au banc des accusés. Enfin, dans l'arrêt *R. c. O'Connor* (1998), 123 C.C.C. (3d) 487 (C.A.C.-B.), aux pp. 492, 493 et 518 à 520, le juge du procès a accepté le témoignage de l'accusé, selon lequel il n'était pas à l'endroit où l'infraction aurait été

of appeal often can and should identify the defects in the analysis that led the trier of fact to an unreasonable conclusion. The court of appeal will therefore be justified to intervene and set aside a verdict as unreasonable when the reasons of the trial judge reveal that he or she was not alive to an applicable legal principle, or entered a verdict inconsistent with the factual conclusions reached. These discernable defects are themselves sometimes akin to a separate error of law, and therefore easily sustain the conclusion that the unreasonable verdict which rests upon them also raises a question of law.

The exercise of appellate review is considerably more difficult when the court of appeal is required to determine the alleged unreasonableness of a verdict reached by a jury. If there are no errors in the charge, as must be assumed, there is no way of determining the basis upon which the jury reached its conclusion. But this does not dispense the reviewing court from the need to articulate the basis upon which it finds that the conclusion reached by the jury was unreasonable. It is insufficient for the court of appeal to refer to a vague unease, or a lingering or lurking doubt based on its own review of the evidence. This "lurking doubt" may be a powerful trigger for thorough appellate scrutiny of the evidence, but it is not, without further articulation of the basis for such doubt, a proper basis upon which to interfere with the findings of a jury. In other words, if, after reviewing the evidence at the end of an error-free trial which led to a conviction, the appeal court judge is left with a lurking doubt or feeling of unease, that doubt, which is not in itself sufficient to justify interfering with the conviction, may be a useful signal that the verdict was indeed reached in a non-judicial manner. In that case, the court of appeal must proceed further with its analysis.

commise, ce qui ne l'a pas empêché de déclarer l'accusé coupable. La Cour d'appel a invoqué cet illogisme pour expliquer le caractère déraisonnable du verdict. Ces exemples démontrent que, dans le cas d'un procès devant un juge seul, la cour d'appel peut souvent identifier les faiblesses de l'analyse qui ont amené le juge des faits à tirer une conclusion déraisonnable, et qu'elle devrait le faire. La cour d'appel est donc justifiée d'intervenir et d'annuler un verdict parce qu'il est déraisonnable, lorsqu'il ressort des motifs du juge du procès qu'il n'a pas tenu compte d'un principe de droit applicable ou qu'il a inscrit un verdict incompatible avec les conclusions de fait tirées. Ces faiblesses discernables s'apparentent parfois elles-mêmes à une erreur de droit distincte et permettent donc facilement de conclure que le verdict déraisonnable auxquels elles ont donné lieu soulève également une question de droit.

Le contrôle en appel est beaucoup plus difficile lorsque la cour d'appel doit statuer sur l'allégation de caractère déraisonnable du verdict prononcé par un jury. Si l'exposé ne contient aucune erreur, comme il faut le présumer, il n'y a aucun moyen de déterminer ce qui a amené le jury à tirer sa conclusion. Mais cela ne dispense pas la cour qui procède au contrôle du besoin d'énoncer les motifs pour lesquels elle juge que la conclusion tirée par le jury était déraisonnable. Il ne suffit pas que la cour d'appel parle d'un vague malaise ou d'un doute persistant qui résulte de son propre examen de la preuve. Ce «doute persistant» peut être un puissant élément déclencheur d'un examen approfondi de la preuve en appel, mais il ne constitue pas, sans plus d'explications, une bonne raison de modifier les conclusions d'un jury. En d'autres termes, si après avoir examiné la preuve à la fin d'un procès dénué de toute erreur, qui a abouti à une déclaration de culpabilité, le juge de la cour d'appel continue d'éprouver un doute ou un certain malaise, ce doute, qui n'est pas suffisant en soi pour justifier l'annulation de la déclaration de culpabilité, peut constituer un signe utile qu'on en est effectivement arrivé d'une manière non judiciaire au verdict. Dans ce cas, la cour d'appel doit poursuivre son analyse.

39

When a jury which was admittedly properly instructed returns what the appeal court perceives to be an unreasonable conviction, the only rational inference, if the test in *Yeboes* is followed, is that the jury, in arriving at that guilty verdict, was not acting judicially. This conclusion does not imply an impeachment of the integrity of the jury. It may be that the jury reached its verdict pursuant to an analytical flaw similar to the errors occasionally incurred in the analysis of trial judges and revealed in their reasons for judgment. Such error would of course not be apparent on the face of the verdict by a jury. But the unreasonableness itself of the verdict would be apparent to the legally trained reviewer when, in all the circumstances of a given case, judicial fact-finding precludes the conclusion reached by the jury. Judicial appreciation of the evidence is governed by rules that dictate the required content of the charge to the jury. These rules are sometimes expressed in terms of warnings, mandatory or discretionary sets of instructions by which a trial judge will convey the product of accumulated judicial experience to the jury, who, by definition, is new to the exercise. For instance, a judge may need to warn the jury about the frailties of eye-witness identification evidence. Similarly, years of judicial experience has revealed the possible need for special caution in evaluating the evidence of certain witnesses, such as accomplices, who may, to the uninitiated, seem particularly knowledgeable and therefore credible. Finally, judicial warnings may be required when the jury has heard about the criminal record of the accused, or about similar fact evidence. But these rules of caution cannot be exhaustive, they cannot capture every situation, and cannot be formulated in every case as a requirement of the charge. Rather, after the jury has been adequately charged as to the applicable law, and warned, if necessary, about drawing possibly unwarranted conclusions, it remains that in some cases, the totality of the evidence and the peculiar factual circumstances of a given case will lead an experienced jurist to conclude that the fact-finding exercise applied at trial

Lorsqu'une déclaration de culpabilité prononcée par un jury qui a reçu des directives certes appropriées est jugée déraisonnable par la cour d'appel, la seule conclusion rationnelle qui peut être tirée, selon le critère de l'arrêt *Yeboes*, est que le jury n'a pas agi de manière judiciaire pour en arriver à ce verdict de culpabilité. Cette conclusion ne met pas en doute l'intégrité du jury. Il se peut que le jury soit arrivé à son verdict en raison d'une faiblesse d'analyse semblable aux erreurs d'analyse que les juges du procès commettent parfois et qui ressortent de leurs motifs de jugement. Une telle erreur n'est évidemment pas apparente à la lecture même du verdict d'un jury. Mais le caractère déraisonnable lui-même du verdict est évident pour la personne dotée d'une formation juridique qui l'examine si, compte tenu de l'ensemble des circonstances d'une affaire donnée, l'appréciation judiciaire des faits exclut la conclusion tirée par le jury. L'appréciation judiciaire de la preuve est régie par des règles qui dictent le contenu de l'exposé au jury. Ces règles sont parfois exprimées sous forme de mises en garde, de directives obligatoires ou discrétionnaires, au moyen desquelles un juge du procès transmet le fruit de toute son expérience judiciaire aux membres du jury qui, par définition, sont des profanes en la matière. Par exemple, il se peut qu'un juge doive mettre le jury en garde contre les faiblesses de la preuve d'identification par témoin oculaire. De même, des années d'expérience judiciaire montrent qu'il peut se révéler nécessaire de faire une mise en garde spéciale en évaluant la déposition de certains témoins, comme les complices, qui, aux yeux du profane, peuvent sembler particulièrement bien informés et donc crédibles. Enfin, il se peut que le juge doive faire une mise en garde lorsque le jury a entendu parler du casier judiciaire de l'accusé ou d'une preuve de faits similaires. Mais ces règles de prudence ne peuvent ni être exhaustives au sens d'englober chaque situation, ni constituer, dans chaque cas, une exigence de l'exposé au jury. Au contraire, une fois que le jury a reçu des directives suffisantes au sujet du droit applicable et qu'il a été mis en garde, si nécessaire, contre la possibilité de tirer des conclusions injustifiées, il reste que, dans certains cas, l'ensemble de la preuve ainsi que les faits particuliers de l'affaire amèneront un juriste

was flawed in light of the unreasonable result that it produced.

When an appellate court arrives at that conclusion, it does not act as a “thirteenth juror”, nor is it “usurping the function of the jury”. In concluding that no properly instructed jury acting judicially could have convicted, the reviewing court inevitably is concluding that these particular jurors who convicted must not have been acting judicially. In that context, acting judicially means not only acting dispassionately, applying the law and adjudicating on the basis of the record and nothing else. It means, in addition, arriving at a conclusion that does not conflict with the bulk of judicial experience. This, in my view, is the assessment that must be made by the reviewing court. It requires not merely asking whether twelve properly instructed jurors, acting judicially, could reasonably have come to the same result, but doing so through the lens of judicial experience which serves as an additional protection against an unwarranted conviction.

It is not particularly significant to describe this judicial oversight as either objective or subjective. It is exercised by an appeal court and therefore it will invariably draw on a collection of judicial experiences. Because of its judicial character, and because it purports to identify features of a case that will give experienced jurists cause for concern, it is imperative that the reviewing court articulate as precisely as possible what features of the case suggest that the verdict reached by the jury was unreasonable, despite the fact that it was not tainted by any erroneous instructions as to the applicable law. In some cases, the articulation of the grounds upon which an appellate court concludes that a conviction was unreasonable may elucidate previously unidentified dangers in evidence and give rise to additional warnings to the jury in subsequent cases. Most of the time, it will simply point to a case that presented itself with several causes for concern, none of which, in isolation, might have required that the jury be warned

expérimenté à conclure que l’appréciation des faits effectuée au procès était lacunaire vu le résultat déraisonnable auquel elle a mené.

Lorsqu’une cour d’appel en arrive à cette conclusion, elle n’agit pas à titre de «treizième juré» et n’«usurpe [pas non plus] la fonction de jury». En concluant qu’aucun jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d’une manière judiciaire n’aurait pu prononcer une déclaration de culpabilité, le tribunal d’examen conclut inévitablement que les jurés qui ont prononcé la déclaration de culpabilité n’ont pas agi de manière judiciaire. Dans ce contexte, agir de manière judiciaire signifie non seulement agir impartialement, appliquer la loi et juger uniquement en fonction du dossier, mais encore tirer une conclusion qui ne va pas à l’encontre de l’ensemble de l’expérience judiciaire. Telle est, à mon avis, l’évaluation que doit faire le tribunal d’examen. Il ne suffit pas de se demander si douze jurés ayant reçu des directives appropriées et agissant d’une manière judiciaire auraient pu arriver au même résultat, mais encore faut-il le faire à la lumière de l’expérience judiciaire qui est un autre moyen d’éviter les déclarations de culpabilité injustifiées.

Il n’importe pas particulièrement de qualifier d’objective ou de subjective cette surveillance judiciaire. Elle est exercée par une cour d’appel de sorte qu’elle s’appuie immanquablement sur l’expérience de divers juges. En raison de la nature judiciaire de cette surveillance et du fait qu’elle vise à identifier les caractéristiques d’une affaire qui sont de nature à préoccuper des juristes expérimentés, il est absolument nécessaire que le tribunal d’examen décrive de façon aussi précise que possible les caractéristiques de l’affaire qui laissent croire que le verdict du jury était déraisonnable, même s’il n’était pas vicié par des directives erronées sur le droit applicable. Dans certains cas, les motifs qu’une cour d’appel donne à l’appui de sa conclusion qu’une déclaration de culpabilité est déraisonnable peuvent faire ressortir des dangers autrefois inconnus en matière de preuve et donner lieu à d’autres mises en garde au jury dans des affaires ultérieures. La plupart du temps, ils ne font qu’attirer l’attention sur une affaire qui comportait

in any particular way. There are many illustrations from the case law of verdicts having been found unreasonable essentially on the strength of accumulated judicial experience. Concerns about various aspects of the frailty of identification evidence have been a recurrent basis, by itself or together with other considerations, for overturning verdicts as unreasonable. See, e.g., *Burke, supra*; *Reitsma, supra*; *R. v. Keeper* (1993), 88 Man. R. (2d) 156 (C.A.); *R. v. Malcolm* (1993), 81 C.C.C. (3d) 196 (Ont. C.A.); *R. v. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481 (Ont. C.A.); *R. v. N.D.*, [1993] O.J. No. 2139 (QL) (C.A.). Judicial experience has also been relied upon to question the reasonableness of verdicts in cases of sexual misconduct presenting troubling features such as allegations of sexual touching of a bizarre nature (see, e.g., *Burke, supra*; *R. v. C.V.*, [1993] O.J. No. 1512 (QL) (C.A.); *R. v. L. (J.H.H.P.)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 165 (Man. C.A.)), or the possibility of collusion between witnesses (see, e.g., *Burke, supra*). Finally, the experience of the courts has occasionally been brought to bear, although not always explicitly, on the assessment of verdicts rejecting a defence with respect to which there may be unjustified skepticism or even prejudice because those relying on such justifications or excuses may be viewed as simply trying to avoid responsibility for their actions. See, e.g., *R. v. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530 (Que. C.A.); *Molodowic, supra*.

plusieurs sources de préoccupation, dont aucune, prise isolément, n'aurait pu commander une mise en garde particulière du jury. La jurisprudence renferme plusieurs exemples de verdicts qui ont été jugés déraisonnables essentiellement sur la foi de l'expérience judiciaire. Les préoccupations relatives à divers aspects de la faiblesse de la preuve d'identification justifient souvent, à elles seules ou conjointement avec d'autres facteurs, d'écarter des verdicts pour le motif qu'ils sont déraisonnables. Voir, par exemple, *Burke, précité*; *Reitsma, précité*; *R. c. Keeper* (1993), 88 Man. R. (2d) 156 (C.A.); *R. c. Malcolm* (1993), 81 C.C.C. (3d) 196 (C.A. Ont.); *R. c. Tat* (1997), 117 C.C.C. (3d) 481 (C.A. Ont.); *R. c. N.D.*, [1993] O.J. No. 2139 (QL) (C.A.). On s'est également fondé sur l'expérience judiciaire pour mettre en doute le caractère raisonnable de verdicts rendus dans des affaires d'inconduite sexuelle qui comportaient des caractéristiques troublantes comme des allégations d'attouchements sexuels étranges (voir, par exemple, *Burke, précité*; *R. c. C.V.*, [1993] O.J. No. 1512 (QL) (C.A.); *R. c. L. (J.H.H.P.)* (1992), 75 C.C.C. (3d) 165 (C.A. Man.)), ou la possibilité de collusion entre témoins (voir, par exemple, *Burke, précité*). Enfin, il est arrivé parfois que l'expérience des tribunaux soit mise à profit, quoique ce ne soit pas toujours explicitement, pour évaluer des verdicts qui rejettent un moyen de défense susceptible d'engendrer un scepticisme injustifié ou même des préjugés, en raison de la possibilité que les gens qui invoquent de telles justifications ou excuses soient perçus comme tentant simplement d'éviter d'assumer la responsabilité de leurs actes. Voir, par exemple, *R. c. Vaillancourt* (1999), 136 C.C.C. (3d) 530 (C.A. Qué.); *Molodowic, précité*.

42

It follows from the above that the test in *Yebe*s continues to be the binding test that appellate courts must apply in determining whether the verdict of the jury is unreasonable or cannot be supported by the evidence. To the extent that it has a subjective component, it is the subjective assessment of an assessor with judicial training and experience that must be brought to bear on the exercise of reviewing the evidence upon which an allegedly unreasonable conviction rests. That, in turn, requires the reviewing judge to import his or

Il s'ensuit que les cours d'appel doivent continuer d'appliquer le critère de l'arrêt *Yebe*s pour déterminer si le verdict du jury est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve. Dans la mesure où ce critère a un aspect subjectif, c'est l'appréciation subjective d'une personne qui possède la formation et l'expérience d'un juge qui doit être mise à profit pour examiner la preuve sur laquelle repose une déclaration de culpabilité que l'on prétend déraisonnable. Cela oblige le juge qui procède à l'examen à faire appel à sa connaissance

her knowledge of the law and the expertise of the courts, gained through the judicial process over the years, not simply his or her own personal experience and insight. It also requires that the reviewing court articulate as explicitly and as precisely as possible the grounds for its intervention. I wish to stress the importance of explicitness in the articulation of the reasons that support a finding that a verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence. Particularly since this amounts to a question of law that may give rise to an appeal, either as of right or by leave, the judicial process requires clarity and transparency as well as accessibility to the legal reasoning of the court of appeal. When there is a dissent in the court of appeal on the issue of the reasonableness of the verdict, both the spirit and the letter of s. 677 of the *Criminal Code* should be complied with. This Court should be supplied with the grounds upon which the verdict was found to be, or not to be, unreasonable.

D. Application to this Appeal

The appellant raised three issues before this Court:

1. Did the majority of the British Columbia Court of Appeal err in law in failing to consider that the verdict was reasonable and supported by the evidence on the basis of co-perpetrator liability as outlined in *Regina v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740?
2. Did the majority of the British Columbia Court of Appeal err in law by applying the wrong test to determine whether the verdict was unreasonable or could not be supported by the evidence?
3. Did the majority of the British Columbia Court of Appeal err in law in failing to review, and to some extent re-examine and re-weigh, all of the evidence in the instant case when it concluded that the verdict was unreasonable and unsupported by the evidence?

These three issues can conveniently be addressed together. At the outset of the respondent Biniaris' trial and until the change in Dr. Carlyle's

du droit et à l'expertise que les tribunaux ont acquise au fil des ans, et non seulement à sa propre expérience personnelle et à sa propre perspicacité. Cela oblige également le tribunal d'examen à énoncer de façon aussi claire et précise que possible les motifs de son intervention. Je tiens à souligner l'importance d'énoncer explicitement les motifs à l'appui d'une conclusion qu'un verdict est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve. Étant donné, plus particulièrement, qu'une telle conclusion constitue une question de droit susceptible de donner lieu à un appel, de plein droit ou avec autorisation, le processus judiciaire exige la clarté et la transparence, ainsi que l'accessibilité au raisonnement juridique de la cour d'appel. Lorsqu'un juge de la cour d'appel est dissident sur la question du caractère raisonnable du verdict, il faut respecter à la fois l'esprit et la lettre de l'art. 677 du *Code criminel*. Notre Cour doit disposer des motifs pour lesquels le verdict a été jugé déraisonnable ou non.

D. Application au présent pourvoi

L'appelante a soulevé trois questions devant notre Cour:

[TRADUCTION]

1. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont-ils commis une erreur de droit en ne considérant pas que le verdict était raisonnable et s'appuyait sur la preuve compte tenu de la responsabilité du coauteur exposée dans l'arrêt *Regina c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740?
2. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont-ils commis une erreur de droit en appliquant le mauvais critère pour déterminer si le verdict était déraisonnable ou ne pouvait pas s'appuyer sur la preuve?
3. Les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont-ils commis une erreur de droit en omettant d'examiner et, dans une certaine mesure, de réexaminer et réévaluer l'ensemble de la preuve dans la présente affaire, lorsqu'ils ont conclu que le verdict était déraisonnable et ne s'appuyait pas sur la preuve?

Ces trois questions peuvent être examinées ensemble. À partir du début du procès de l'intimé Biniaris jusqu'au changement d'avis du

opinion, the Crown's position was that Biniaris alone had caused the fatal injuries suffered by Niven and was guilty of second degree murder as a principal. The shift in Dr. Carlyle's evidence led Crown counsel, at the end of the trial, to advance a modified, three-part theory of liability — liability as a principal, liability as a co-perpetrator or liability as an aider or abettor. Boyd J. dealt adequately with the implications of the reversal of Dr. Carlyle's position and the Crown's modified theory in her charge to the jury. The trial judge explained the Crown's position that it was open to the jury to reject the medical evidence offered by Drs. Rice and Carlyle on the issue of causation in favour of their own common sense and, if they were satisfied beyond a reasonable doubt that Biniaris had acted with the requisite intent, to conclude that Biniaris was guilty of second degree murder as the perpetrator of Niven's fatal injuries. However, Boyd J. quite properly urged the jury to be very careful, characterizing the choice to ignore the unanimous expert evidence on causation as a "dangerous venture". The trial judge then explained the circumstances under which it was open to the jury, applying the relevant principles of party liability set out in s. 21(1) of the *Criminal Code*, to convict the accused of second degree murder:

The matter now to consider is under what circumstances one or more persons can be responsible for the death of the deceased and one *actus reus*.

. . .

[I]f you should find after a consideration of all of the evidence that it has been shown beyond a reasonable doubt that the accused, Mr. Biniaris, together with Mr. Stark, participated in a chain of events which were all interrelated and interconnected from the time the altercation began until they left the scene, then you will have concluded that the *actus reus* has been committed.

. . .

D^r Carlyle, le ministère public estimait que seul Biniaris avait causé les blessures mortelles de Niven et qu'il était coupable de meurtre au deuxième degré en tant qu'auteur principal du crime. Le changement de témoignage du D^r Carlyle a amené l'avocat du ministère public à avancer, à la fin du procès, une nouvelle thèse à trois volets de la responsabilité — la responsabilité en tant qu'auteur principal, la responsabilité en tant que coauteur ou la responsabilité en tant que personne ayant aidé ou encouragé. Dans son exposé au jury, le juge Boyd a traité adéquatement des conséquences du revirement d'opinion du D^r Carlyle et de la nouvelle thèse du ministère public. Le juge du procès a expliqué le point de vue du ministère public que les membres du jury pouvaient se servir de leur propre bon sens pour rejeter la preuve médicale des D^{rs} Rice et Carlyle sur la question de la causalité, et conclure que Biniaris était coupable de meurtre au deuxième degré en tant qu'auteur des blessures mortelles de Niven, s'ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que Biniaris avait eu l'intention requise en agissant. Cependant, le juge Boyd a parfaitement eu raison d'inciter le jury à être très prudent et de qualifier de [TRADUCTION] «risqué» le choix de ne pas tenir compte de la preuve d'expert unanime sur la causalité. Le juge du procès a ensuite expliqué les circonstances dans lesquelles le jury pouvait appliquer les principes pertinents de la responsabilité du participant à une infraction, énoncés au par. 21(1) du *Code criminel*, pour déclarer l'accusé coupable de meurtre au deuxième degré:

[TRADUCTION] Il s'agit maintenant d'examiner les circonstances dans lesquelles une seule ou plusieurs personnes peuvent être responsables du décès de la victime et d'un *actus reus*.

. . .

[S]i, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, vous deviez conclure qu'il a été démontré hors de tout doute raisonnable que l'accusé, M. Biniaris, a participé conjointement avec M. Stark à une suite d'événements étroitement liés les uns aux autres, à partir du début de l'altercation jusqu'à leur départ des lieux, vous aurez alors conclu que l'*actus reus* a été commis.

. . .

Assuming . . . that you conclude there was such a chain of events, if you should find beyond a reasonable doubt that Mr. Biniaris, during the course of that chain of events, struck Mr. Niven in the manner which has been described in the evidence, and if you find again beyond a reasonable doubt that these blows were delivered by Mr. Biniaris either with the intent to cause his death or with the intent to cause Mr. Niven bodily harm which he knew was likely to cause his death and was reckless whether death ensued or not, then he is guilty of second degree murder [as a co-perpetrator] no matter which of the blows during that series of events, including the initial fall to the ground, caused Mr. Niven's death.

Assuming again that you conclude there was a chain of events, an interrelated chain of events constituting the *actus reus*, if you find it was Mr. Stark who intended to kill Mr. Niven and that Mr. Biniaris, knowing of Stark's intention to cause bodily harm to Niven that was likely to cause death, aided or abetted Stark by either encouraging Niven to fight or by actually participating in the beating in order to carry out that purpose, then you will have found that Mr. Biniaris was an accomplice and is a party to the offence of second degree murder and is equally guilty regardless of whether or not Mr. Biniaris' actions, the stomping, the kicking, regardless [of] whether any of that actually caused Mr. Niven's death.

What I am really saying to you is there are two routes to a second degree murder conviction. One is if you find that Mr. Biniaris was the principal offender, and that other is if you find that Mr. Biniaris was a party [either as a co-perpetrator or as an accomplice] to a single transaction, an interrelated series of events that led to and ultimately resulted in Mr. Niven's death.

The unusual course of the respondent's trial caused grave concern to the majority of the Court of Appeal and ultimately, in my respectful view, led Hall J.A.'s reasonableness analysis astray. Despite the availability of two alternative routes to a second degree murder conviction, neither of which was dependent on proof that the respondent actually caused Niven's fatal injuries, Hall J.A.'s reasons for judgment indicate that he remained unduly concerned about causation. In light of the state of the medical evidence at the end of the trial, Hall J.A. correctly concluded that, "the only safe

Dans l'hypothèse [. . .] où vous décideriez qu'une telle suite d'événements a eu lieu, si vous deviez conclure hors de tout doute raisonnable que M. Biniaris a, au cours de cette suite d'événements, frappé M. Niven de la manière décrite dans la preuve, et si vous deviez également conclure hors de tout doute raisonnable que M. Biniaris a porté ces coups dans l'intention de causer la mort de M. Niven ou de lui infliger des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer sa mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non, il sera alors coupable de meurtre au deuxième degré [en tant que coauteur] peu importe lequel des coups portés au cours de cette suite d'événements, y compris la première chute au sol, a causé la mort de M. Niven.

Toujours dans l'hypothèse où vous décideriez qu'il y a eu une suite d'événements, une suite d'événements étroitement liés constituant l'*actus reus*, si vous concluez que c'était M. Stark qui avait l'intention de tuer M. Niven et que M. Biniaris, connaissant l'intention de Stark d'infliger à M. Niven des lésions corporelles de nature à causer sa mort, a aidé ou encouragé Stark en incitant M. Niven à se battre ou en participant effectivement à la raclée afin de mettre à exécution cette intention, vous aurez alors conclu que M. Biniaris était complice, qu'il a participé à l'infraction de meurtre au deuxième degré et qu'il est tout aussi coupable peu importe que ses actes, le piétinement ou les coups de pied, aient ou n'aient pas vraiment causé la mort de M. Niven.

Ce que je vous dis, en réalité, c'est qu'il y a deux manières de parvenir à une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. La première est si vous concluez que M. Biniaris était l'auteur principal de l'infraction, et la deuxième, si vous concluez que M. Biniaris a participé [à titre de coauteur ou de complice] à une seule opération, à une suite d'événements étroitement liés qui ont abouti à la mort de M. Niven.

La tournure inusitée du procès de l'intimé a fait naître des préoccupations sérieuses chez les juges majoritaires de la Cour d'appel et a fini par fausser, à mon avis, l'analyse du caractère raisonnable par le juge Hall. Malgré l'existence de deux raisonnements permettant de parvenir à une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré, dont aucun ne dépendait de la preuve que l'intimé était vraiment l'auteur des blessures mortelles de Niven, les motifs de jugement du juge Hall indiquent que la question de la causalité continuait de le préoccuper démesurément. Compte tenu de

route for a conviction of the appellant Biniaris for murder lay through the application of s. 21 of the *Criminal Code*" (p. 71). This was also clearly the view of the trial judge who directed the jury accordingly. However, Hall J.A.'s analysis remained focused on the issue of causation, despite its minor significance to the respondent's liability as a party. He wrote (at pp. 71-73):

At the outset, the jury had, in the Crown opening, been advised of the theory that the fatal injuries were caused by actions of the [accused] Biniaris. By the end of the case there had been a complete reversal of this theory. He was now said to be liable to be found culpable of murder on the ground of being a party to the activity of Stark. It must be observed that the activity of Stark causative of the injuries had terminated almost entirely by the time Biniaris became involved in the affray. Blows struck by Stark after Niven was on the pavement were to his abdomen area and if, as was less than clear from the evidence, Stark did, near the termination of the incident, direct a kick at the chin of Niven, that again seems unlikely to have had any causal relationship to the serious brain injury. Thus in this case, we have the situation that anything done by Biniaris, the [accused], by his stomping activity, while no doubt manifesting an intention to assist Stark in his general assault of Niven, seems most unlikely to have been causative of the fatal brain injuries suffered by Niven. The nature of the brain injuries testified to by the experts makes the temporal sequence of events important here. This [accused] came into the fray at a point in time when, as I interpret the medical testimony, the damage to the brain of the deceased was irreversible.

If one analyzes the activities of the two assailants, it seems to me to be an inescapable conclusion that the assaultive activity attributed to the [accused] all occurred after the infliction of the fatal harm and in circumstances where Biniaris' intention to assist in a murder is unclear.

l'état de la preuve d'expert à la fin du procès, le juge Hall a eu raison de conclure que [TRADUCTION] «la seule manière sûre de déclarer l'appellant Biniaris coupable de meurtre passe par l'application de l'art. 21 du *Code criminel*» (p. 71). Cela était aussi clairement l'avis du juge du procès, qui a donné des directives en ce sens au jury. Toutefois, l'analyse du juge Hall est demeurée axée sur la question de la causalité, malgré son peu d'importance relativement à la responsabilité de l'intimé en tant que participant à l'infraction. Il a écrit (aux pp. 71, 72 et 73):

[TRADUCTION] Au départ, dans l'exposé initial du ministre public, le jury avait été informé de la thèse voulant que les blessures mortelles aient résulté des actes de l'[accusé] Biniaris. À la fin, cette thèse avait été complètement modifiée. On disait maintenant qu'il devait être déclaré coupable de meurtre à cause de sa participation aux actes de Stark. Il faut noter que Stark avait accompli presque tous les actes à l'origine des blessures au moment où Biniaris s'est mêlé à la bagarre. Les coups portés par Stark à Niven lorsqu'il gisait sur le pavé l'ont été au niveau de l'abdomen, et si, ce qui est loin d'être établi clairement par la preuve, Stark a effectivement donné un coup de pied au menton de Niven vers la fin de l'incident, là encore il semble improbable que ce coup de pied ait causé la blessure grave au cerveau. En l'espèce, il semble donc très improbable que les blessures mortelles au cerveau de Niven aient résulté, de quelque manière que ce soit, du piétinement auquel s'est livré l'[accusé] Biniaris, même si ce piétinement démontrait sans aucun doute l'intention d'aider Stark à agresser Niven. La chronologie des événements est importante, dans la présente affaire, en raison de la nature des blessures au cerveau que les experts ont décrites dans leur témoignage. L'[accusé] s'est mêlé à la bagarre au moment où, selon mon interprétation du témoignage des médecins, les dommages au cerveau de la victime étaient irréversibles.

Si on analyse les actes des deux agresseurs, il me semble qu'on ne peut que conclure que les actes d'agression attribués au présent [accusé] se sont tous produits après que les blessures mortelles eurent été infligées et dans des circonstances où il n'est pas évident que Biniaris avait l'intention d'aider à commettre un meurtre.

In my opinion, Hall J.A. properly identified *mens rea* as a critical issue but erred in interfering with the conclusion reached by the jury on that question, which was fully open to them on the evidence. He said (at pp. 72-73):

In order to be found guilty of murder as a party, the jury would have to conclude that the [accused] had the same intent as the killer [i.e., the intent to cause death or the intention to cause bodily harm that he knew was likely to cause death, being reckless whether death ensued or not] and was carrying out these acts of stomping for the purpose of aiding and abetting in the murder of the deceased. The intention is probably less easy to attribute in the case of a sudden affray of this sort than might be the case where a deadly weapon is anticipated to be used.

I see the position of the [accused] in this case as rather different from that of Stark. Stark, the initial aggressor outside the store, decided to attack Niven and carried out that attack with great violence and with disastrous results. Biniaris was by no means the prime mover in the event.

. . .

Nor, as I observed, is this a joint venture case of the sort where one or more of the parties may possess a deadly weapon like a gun or a knife.

Whether Stark was the initial aggressor, the degree and the intensity of the respondent's participation in the attack and his intention or foresight at the time of his participation in the attack were all matters raised by the evidence and commented upon by the parties and by the trial judge. Although a conviction for manslaughter was a given, as was conceded by the respondent before this Court, and although reasonable people may disagree about whether they would have found, on the evidence, that the respondent had the requisite intent for murder, there is nothing to qualify that conclusion, which is really the only one in issue in this case, as an unreasonable one.

On the evidence adduced by the Crown, it was reasonable for the jury to conclude that the respon-

J'estime que le juge Hall a eu raison de qualifier la *mens rea* de question cruciale, mais qu'il a commis une erreur en modifiant la conclusion que le jury était parfaitement en droit de tirer d'après la preuve. Il a dit (aux pp. 72 et 73):

[TRADUCTION] Pour que l'[accusé] soit déclaré coupable de meurtre en qualité de participant au crime, il faudrait que le jury conclue qu'il avait la même intention que le meurtrier [c'est-à-dire l'intention de causer la mort ou des lésions corporelles qu'il savait être de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non] et qu'il s'est livré à ce piétinement dans le but d'aider et d'encourager à commettre le meurtre de la victime. Il est probablement moins facile d'imputer l'intention dans le cas d'une telle bagarre soudaine que dans celui où l'utilisation d'une arme meurtrière est prévue.

Je considère que la situation de l'[accusé] en l'espèce est quelque peu différente de celle de Stark. Stark, l'agresseur initial à l'extérieur du dépanneur, a décidé d'attaquer Niven et l'a fait avec une grande violence, ce qui a eu des conséquences désastreuses. Biniaris n'est pas du tout l'instigateur de l'événement.

. . .

J'ai remarqué qu'il ne s'agissait pas non plus d'un cas d'entreprise commune où une seule ou plusieurs parties peuvent être en possession d'une arme meurtrière comme une arme à feu ou un couteau.

La question de savoir si Stark était l'agresseur initial et la question du degré et de l'intensité de la participation de l'intimé à l'attaque, de même que celle de l'intention qu'il avait ou de ce qu'il prévoyait au moment de sa participation à l'attaque, ont toutes été soulevées par la preuve et commentées par les parties et le juge du procès. Même si, comme il l'a reconnu devant notre Cour, l'intimé était assuré d'être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable et que des personnes raisonnables peuvent être en désaccord quant à savoir si elles auraient conclu, d'après la preuve, que l'intimé avait l'intention requise pour commettre un meurtre, rien ne permet de qualifier de déraisonnable cette conclusion qui, en réalité, constitue le seul point en litige dans la présente affaire.

Selon la preuve présentée par le ministère public, le jury pouvait raisonnablement conclure

dent and Stark had aided and abetted one another in a joint attack on Niven. There was evidence on the basis of which the jury could reasonably find that the respondent was no less a “prime mover” or “initial aggressor” than Stark. The evidence establishes that Biniaris stood up and moved close to Niven soon after the initial exchange of words between Stark and Niven, suggesting, not unreasonably, that the respondent was readying himself for a fight. The evidence also suggests that the respondent, as Ryan J.A. noted, “was the first to verbally challenge Niven to a fight” (p. 75) and that he entered the fray moments after Stark began to punch Niven, at a point where Niven was trying to raise himself, holding onto Stark’s jacket sleeves. Finally, the evidence establishes that the respondent and Stark fled the scene together. It was clearly reasonable for the jury to conclude that the respondent had, through words and actions which encouraged and assisted Stark, participated in an interrelated chain of events which ultimately led to Niven’s death. The respondent does not dispute the reasonableness of this conclusion as is reflected in his submission that he was properly convicted of manslaughter.

que l’intimé et Stark s’étaient entraînés et s’étaient encouragés mutuellement dans une attaque commune contre Niven. Il y avait des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait raisonnablement se fonder pour conclure que l’intimé n’était pas moins un «instigateur» ou un «agresseur initial» que Stark. La preuve démontre que Biniaris s’est levé et s’est approché de Niven peu après le premier échange de mots entre Stark et Niven, ce qu’on peut raisonnablement interpréter comme indiquant que l’intimé se préparait à se bagarrer. La preuve indique également que l’intimé, comme l’a souligné le juge Ryan, [TRADUCTION] «a été le premier à inviter verbalement Niven à se battre» (p. 75) et qu’il s’est mêlé à la bagarre peu après que Stark eut commencé à frapper Niven à coups de poing, c’est-à-dire au moment où Niven tentait de se relever en s’agrippant aux manches de la veste de Stark. Enfin, la preuve démontre que l’intimé et Stark ont fui les lieux ensemble. Il était clair que le jury pouvait raisonnablement conclure que l’intimé avait, en encourageant et en aidant Stark par des paroles et des actes, participé à une suite d’événements étroitement liés les uns aux autres qui ont abouti au décès de Niven. L’intimé ne conteste pas le caractère raisonnable de cette conclusion puisqu’il admet le bien-fondé de sa condamnation pour homicide involontaire coupable.

48

Both Boyd J., in her instructions to the jury, and Hall J.A. recognized that intent, namely whether Biniaris intended to cause Niven’s death or to cause bodily harm which he knew was likely to cause death and was reckless as to whether death ensued or not, was the “real question to be faced by the jury” (p. 72). However, Hall J.A.’s reasons do not contain a thorough review and re-examination of the evidence as it relates to intent. In light of the respondent’s brief involvement in the sudden affray, Hall J.A. opined that the respondent’s “intention to assist in a murder [was] unclear” (p. 73). In contrast, Boyd J. thoroughly canvassed all the evidence adduced on the issue of intent in her charge to the jury, including the evidence of Valin and Lehtonen in relation to the number and strength of the kicks and stomps allegedly administered by the respondent, the evidence of these

Tant le juge Boyd, dans ses directives au jury, que le juge Hall ont reconnu que la [TRADUCTION] «véritable question à laquelle devait répondre le jury» (p. 72) était celle de l’intention, qui était de savoir si Biniaris avait l’intention de causer la mort de Niven ou de lui infliger des lésions corporelles qu’il savait être de nature à causer la mort et qu’il lui était indifférent que la mort s’ensuive ou non. Cependant, dans ses motifs, le juge Hall n’a pas effectué une révision et un réexamen complets de la preuve relative à l’intention. En raison de la brève participation de l’intimé à la bagarre soudaine, le juge Hall s’est dit d’avis qu’il [TRADUCTION] «[n’était] pas évident que [l’intimé] avait l’intention d’aider à commettre un meurtre» (p. 73). Par contre, dans son exposé au jury, le juge Boyd a examiné en profondeur toute la preuve présentée au sujet de la question de l’intention,

same witnesses regarding the short duration of the attack on Niven and of the respondent's participation therein, the evidence of Dr. Rice which, defence counsel suggested, contradicted Kaven Valin's testimony that the stomps administered by the respondent involved a substantial amount of force, the evidence of Dr. Carlyle that the effects of "lividity" enhanced and emphasized the tread mark patterns and related bruising on Niven's forehead, and the testimony of the arresting officers concerning the respondent's surprised reaction upon being informed that he was being charged with second degree murder.

I agree with Ryan J.A.'s conclusion that "[a]ll of these facts were for the jury to assess" (p. 77). There is nothing in the compendium of accumulated judicial experience that should cause concern that the jury went astray in its review and assessment of the evidence. Even though it might have been reasonable for the jury to conclude otherwise, it was perfectly reasonable for the jury to be satisfied beyond a reasonable doubt that Biniaris had acted with the requisite intent for murder. There was evidence upon which the jury could reasonably find that the respondent had administered one or more kicks to Niven, including the glancing blow to the face; and to accept the Crown's contention that the respondent had "changed gears" when he moved from kicking to stomping and that, in so doing, he "obviously intended deadly harm". In the same way, it was not unreasonable for the jury to conclude that in deciding to stomp, not once but twice, on Niven's head, the respondent's purposive, deliberate and intentional conduct, which involved the repeated use of violence against a defenceless man, established that he intended to cause Niven bodily harm which he must have known was likely to cause death, being reckless as to whether or not death ensued. As indicated earlier, in light of his responsibility as a party, the fact that the specific blows inflicted by

notamment le témoignage de Valin et de Lehtonen relativement au nombre et à la force des coups de pied qui auraient été portés par l'intimé, leur témoignage relativement à la courte durée de l'attaque contre Niven et à la participation de l'intimé à cette attaque, le témoignage du D^r Rice qui, selon l'avocat de la défense, contredisait celui de Kaven Valin que les coups de pied de l'intimé avaient été portés avec beaucoup de force, le témoignage du D^r Carlyle selon lequel la «lividité» accentuait les empreintes de semelles et les contusions correspondantes sur le front de Niven, ainsi que le témoignage des policiers ayant procédé à l'arrestation de l'intimé, selon lequel ce dernier avait paru surpris en apprenant qu'il était accusé de meurtre au deuxième degré.

Je partage la conclusion du juge Ryan qu'[TRADUCTION]«[i]l appartenait au jury d'évaluer tous ces faits» (p. 77). D'après l'ensemble de l'expérience acquise par les tribunaux, rien ne permet de craindre que le jury se soit égaré dans son examen et son évaluation de la preuve. Même si le jury avait pu raisonnablement tirer une conclusion différente, il était parfaitement raisonnable que celui-ci soit convaincu hors de tout doute raisonnable que Biniaris avait l'intention requise pour commettre un meurtre au moment où il a agi. Il y avait des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait raisonnablement s'appuyer pour conclure que l'intimé avait donné un ou des coups de pied à Niven, notamment le coup oblique au visage, et pour accepter la prétention du ministère public que l'intimé était [TRADUCTION] «devenu plus violent» lorsqu'il était passé des coups de pied au piétinement et que, ce faisant, il [TRADUCTION] «avait manifestement eu l'intention d'infliger des blessures mortelles». De même, il n'était pas déraisonnable que le jury conclue que la décision de piétiner, deux fois plutôt qu'une, la tête de Niven dénotait une conduite réfléchie, intentionnelle et délibérée de l'intimé, consistant en l'utilisation répétée de violence contre un homme sans défense, et démontrait qu'il avait l'intention d'infliger à Niven des lésions corporelles qu'il devait savoir de nature à causer la mort et qu'il lui était indifférent que la mort s'ensuive ou non. Comme je l'ai indiqué précédemment, compte tenu de sa respon-

the respondent were not the ones which were the immediate cause of death was of no significance.

sabilité à titre de participant à l'infraction, il était sans importance que les coups portés par l'intimé n'aient pas été la cause immédiate du décès.

50

In overturning the verdict of the jury as unreasonable, Hall J.A. was troubled by the unusual course of the trial, resulting from Dr. Carlyle's abandonment of the opinion upon which the Crown's case had originally been cast. He viewed this as a "dramatic" change in the composition of the Crown's case and was concerned that "the nuances of all this might not have been that easy for a jury to appreciate" (p. 72). Moreover, Hall J.A. considered this case to have been "highly emotional by reason of these outrageous assaults" (p. 73). These concerns, in my respectful opinion, were insufficient to set aside the verdict of the jury as unreasonable. They were more than adequately addressed by the trial judge, whose charge to the jury was instructive and fair.

Lorsqu'il a écarté le verdict du jury pour le motif qu'il était déraisonnable, le juge Hall s'inquiétait de la tournure inusitée que le procès avait prise du fait que le Dr Carlyle avait abandonné l'opinion sur laquelle la preuve du ministère public reposait au départ. Il percevait cela comme un revirement [TRADUCTION] «spectaculaire» de la preuve du ministère public et craignait qu'«un jury n'ait pas pu facilement en saisir toutes les nuances» (p. 72). De plus, le juge Hall considérait que la présente affaire était «chargée d'émotions en raison de ces agressions révoltantes» (p. 73). À mon avis, ces préoccupations ne justifiaient pas l'annulation du verdict du jury pour le motif qu'il était déraisonnable. Elles ont été traitées d'une manière plus que suffisante par le juge du procès, dont l'exposé au jury était instructif et équitable.

51

The determination of the intent or foresight of a person at the time of his participation in a homicide is often a difficult question of fact. It certainly was so in this case where a very young man was involved in a brief, senseless and violent beating which left an innocent man dead. Despite the unusual turn of events at trial, and the fact that many similar incidents in the past have led to convictions for manslaughter only, the law required this jury to answer this difficult question on the facts of this case, and it did. In my view, the verdict was one that this properly instructed jury, acting judicially, could reasonably have rendered, and it should be restored.

La détermination de l'intention d'une personne et de ce qu'elle prévoyait au moment où elle a participé à un homicide est souvent une question de fait difficile. Il en a sûrement été ainsi dans la présente affaire, où un homme très jeune a participé à une raclée brève, insensée et brutale qui a entraîné la mort d'un innocent. Malgré la tournure inusitée des événements au procès et le fait que de nombreux faits semblables ont, dans le passé, mené à des déclarations de culpabilité d'homicide involontaire coupable seulement, le jury était tenu, en droit, de répondre à cette question difficile en fonction des faits de la présente affaire, et c'est ce qu'il a fait. J'estime que le verdict rendu est un verdict qu'un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre, et qu'il y a lieu de le rétablir.

VI. Conclusion and Disposition

VI. Conclusion et dispositif

52

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and restore the conviction for second degree murder and the sentence imposed by Boyd J.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré et la peine infligée par le juge Boyd.

Appeal allowed.

Pourvoi accueilli.

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

Solicitors for the respondent: Wilson & Buck, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General's Prosecutor, Montréal.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitors for the intervener the Innocence Project: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers Association of Alberta: Beresh DePoe Cunningham, Edmonton.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Wilson & Buck, Vancouver.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le substitut du Procureur général, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gold & Fuerst, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Innocence Project: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Trial Lawyers Association of Alberta: Beresh DePoe Cunningham, Edmonton.

Aaron Joseph Molodowic *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the Innocence Project, the Association in Defence of the Wrongly Convicted and the Criminal Trial Lawyers Association of Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. v. MOLODOWIC

Neutral citation: 2000 SCC 16.

File No.: 26645.

1999: October 5, 6; 2000: April 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Appeals — Supreme Court — Question of law — Whether reasonableness of verdict involves question of law within meaning of ss. 691(1) and 693(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

Criminal law — Reasonableness of verdict — Standard of review — Standard of review applicable by reviewing court in examining reasonableness of verdict — Whether Yeves should be reaffirmed — Whether verdict was unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

The accused suffers from a severe mental disorder, which was diagnosed as paranoid schizophrenia. After shooting and killing his grandfather, the accused drove to a friend's house and told her father that he had just shot his grandfather and that the police should be called. The accused was arrested and, after being properly

*Lamer C.J. took no part in the judgment.

Aaron Joseph Molodowic *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, la Criminal Lawyers' Association (Ontario), l'Innocence Project, l'Association in Defence of the Wrongly Convicted et la Criminal Trial Lawyers Association of Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. MOLODOWIC

Référence neutre: 2000 CSC 16.

Nº du greffe: 26645.

1999: 5, 6 octobre; 2000: 13 avril.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Appels — Cour suprême — Question de droit — Le caractère raisonnable d'un verdict soulève-t-il une question de droit au sens des art. 691(1) et 693(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

Droit criminel — Caractère raisonnable du verdict — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict — L'arrêt Yeves devrait-il être confirmé de nouveau? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

L'accusé est atteint de graves troubles mentaux: on a diagnostiqué chez lui une schizophrénie paranoïde. Après avoir tué d'un coup de feu son grand-père, l'accusé s'est rendu chez une amie et a dit au père de cette dernière qu'il venait d'abattre son grand-père et qu'il fallait alerter la police. L'accusé a été arrêté et, après

*Le juge en chef Lamer n'a pas pris part au jugement.

informed of his rights, he gave a statement to the police. He was tried before a judge and jury on a charge of second degree murder. The accused relied primarily on the defence of mental disorder. Prior to trial, he had undergone two psychiatric assessments and both doctors testified that the accused's act of shooting his grandfather was consistent with his mental disorder having caused him to believe that only in so doing could he save himself from further torment. Further, the doctors agreed that the accused did not have the capacity to appreciate that his actions were morally wrong at the relevant time. The Crown did not call a rebuttal expert to contradict their testimony but on cross-examination challenged the expert evidence and was successful in eliciting a number of admissions and concessions. The accused was convicted of second degree murder. The majority of the Court of Appeal dismissed his appeal. The only issue in this appeal was whether the verdict was unreasonable with respect to the effects of the accused's illness on his criminal responsibility.

Held: The appeal should be allowed.

The applicable legal principles and the proper test to apply in assessing the reasonableness of a verdict were set out in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15.

Judicial experience with the effects of mental disorder on criminal responsibility, with the type of evidence that is available to demonstrate it, and with the unjustified skepticism that may be directed at an accused relying on the defence of mental disorder, should have given the Court of Appeal cause for concern that the verdict reached by the jury in the present case was unreasonable and not supported by the evidence. Careful and thorough scrutiny of the record confirms that concern was warranted. Apart from the psychiatric evidence, the statements made by the accused to the police, and, prior to that, to the father of his friend, whom he informed of the killing and whom he asked to inform the police, are not inconsistent with the conclusions reached by the experts, nor is the accused's conduct surrounding the commission of the offence. It is not necessarily easy for a jury to accept that, in lay person's terms, an accused who knows what he is doing and knows that it is a crime could still genuinely believe that he would not be morally condemned by reasonable members of society for his conduct. The defence proved this to be the case and,

avoir été dûment informé de ses droits, il a fait une déclaration à la police. Il a subi son procès pour meurtre au deuxième degré devant un juge et un jury. L'accusé a principalement invoqué comme moyen de défense le fait qu'il était atteint de troubles mentaux. Avant le procès, il a subi deux évaluations psychiatriques; les deux médecins ont témoigné que l'acte accompli par l'accusé en abattant son grand-père cadrait avec les troubles mentaux qui l'avaient amené à croire qu'il s'agissait pour lui de la seule façon de mettre fin à ses tourments. En outre, les deux médecins étaient d'accord pour dire que l'accusé était incapable, à l'époque pertinente, de se rendre compte que ses actes étaient moralement répréhensibles. Le ministère public n'a fait témoigner aucun expert pour réfuter leur témoignage, mais en contre-interrogatoire, il a contesté la preuve d'expert et a réussi à obtenir un certain nombre d'aveux et de concessions. L'accusé a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel à la majorité a rejeté son appel. La seule question qui a été soulevée dans le présent pourvoi était de savoir si le verdict était déraisonnable relativement à l'incidence de la maladie de l'accusé sur sa responsabilité criminelle.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les principes juridiques et le critère qu'il convient d'appliquer pour apprécier le caractère raisonnable d'un verdict ont été énoncés dans *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15.

Compte tenu de son expérience concernant les effets des troubles mentaux sur la responsabilité criminelle, du genre de preuve disponible pour en établir l'existence et du scepticisme injustifié dont on peut faire preuve à l'égard d'un accusé qui invoque des troubles mentaux comme moyen de défense, la Cour d'appel aurait dû craindre que le verdict prononcé, en l'espèce, par le jury ne soit déraisonnable et ne repose pas sur la preuve. Un examen minutieux et approfondi du dossier confirme qu'une telle crainte était justifiée. Outre la preuve psychiatrique, les déclarations que l'accusé a faites à la police et, auparavant, au père de son amie, qu'il avait informé du meurtre et à qui il avait demandé d'alerter la police, ne sont pas incompatibles avec les conclusions des experts, pas plus que ne l'est le comportement de l'accusé au moment où il a commis l'infraction. Il n'est pas nécessairement facile pour un jury d'accepter tout bonnement qu'un accusé qui sait ce qu'il fait et qui sait qu'il est en train de commettre un crime puisse néanmoins croire sincèrement que sa conduite ne suscitera pas la réprobation morale de membres raisonnables de la

on the evidence tendered at this trial, it was unreasonable to conclude otherwise.

Cases Cited

Followed: *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; **referred to:** *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17; *R. v. Ratti*, [1991] 1 S.C.R. 68; *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, aff'd [1988] 2 S.C.R. 1029; *R. v. Kelly* (1971), 6 C.C.C. (2d) 186; *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979); *Re Robinson and Hislop* (1980), 114 D.L.R. (3d) 620; *Re Hoskins and Hislop* (1981), 121 D.L.R. (3d) 337; *R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 16 [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 2], 672.45 [ad. *idem*, s. 4], 686(1)(a) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 691 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 10; am. 1997, c. 18, s. 99], 693 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 146; c. 34 (3rd Supp.), s. 12].

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1998), 126 Man. R. (2d) 241, 167 W.A.C. 241, [1998] M.J. No. 247 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal allowed.

G. Greg Brodsky, Q.C., for the appellant.

Sheilla Leinburd, for the respondent.

Robert J. Frater and Morris Pistyner, for the intervener the Attorney General of Canada.

Robert Kelly, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Carole Lebeuf and Maurice Galarneau, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Frank R. Addario, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marlys A. Edwardh, for the intervener the Innocence Project.

société. La défense a établi que c'est ce qui s'est produit et, compte tenu de la preuve soumise au procès, il était déraisonnable de conclure le contraire.

Jurisprudence

Arrêts suivis: *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; **arrêts mentionnés:** *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17; *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68; *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, conf. par [1988] 2 R.C.S. 1029; *R. c. Kelly* (1971), 6 C.C.C. (2d) 186; *Addington c. Texas*, 441 U.S. 418 (1979); *Re Robinson and Hislop* (1980), 114 D.L.R. (3d) 620; *Re Hoskins and Hislop* (1981), 121 D.L.R. (3d) 337; *R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 16 [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 2], 672.45 [aj. *idem*, art. 4], 686(1)a) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 691 [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 10; mod. 1997, ch. 18, art. 99], 693 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 146; ch. 34 (3^e suppl.), art. 12].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1998), 126 Man. R. (2d) 241, 167 W.A.C. 241, [1998] M.J. No. 247 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi accueilli.

G. Greg Brodsky, c.r., pour l'appelant.

Sheilla Leinburd, pour l'intimée.

Robert J. Frater et Morris Pistyner, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Robert Kelly, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Carole Lebeuf et Maurice Galarneau, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Frank R. Addario, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marlys A. Edwardh, pour l'intervenant l'Innocence Project.

Melvyn Green, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Written submissions only by *Marvin R. Bloos*, for the intervener the Criminal Trial Lawyers Association of Alberta.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

This appeal was heard together with *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, and *R. v. A.G.*, [2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17. In this trilogy, the Court was asked to reconsider its decision in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, and, in particular, to decide two issues of general application. First, whether the reasonableness of a verdict involves a question of law, within the meaning of ss. 691 and 693 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, so as to permit a further appeal to this Court from a decision by a provincial appellate court, and, second, what standard of review must be applied by the reviewing court in examining the reasonableness of a verdict. I concluded in *Biniaris* that *Yebes* should be reaffirmed. A dissent on the issue of whether the verdict was reasonable is a dissent on a question of law, whether the dissent is based on the articulation of the applicable test or on its actual application to the particular circumstances of the case. The proper test is “whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered” (*Yebes*, *supra*, at p. 185). In embarking on the exercise mandated by s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, the reviewing court must engage in a thorough re-examination of the evidence and bring to bear the weight of its judicial experience to decide whether, on all the evidence, the verdict was a reasonable one. Inevitably the verdict will be one that was open to the jury, in the sense that it was not an error of law for the trial judge to leave it to the jury for consideration. Moreover, it is not sufficient for the reviewing judge to simply take a different view of the evidence than the jury did. The appeal court, if it is to overturn the verdict, must articulate the

Melvyn Green, pour l'intervenante l'Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Argumentation écrite seulement par *Marvin R. Bloos*, pour l'intervenante la Criminal Trial Lawyers Association of Alberta.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, et *R. c. A.G.*, [2000] 1 R.C.S. 439, 2000 CSC 17. Dans cette trilogie, la Cour était invitée à revenir sur son arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, et, en particulier, à trancher deux questions d'application générale. Il s'agissait, premièrement, de savoir si le caractère raisonnable d'un verdict soulève une question de droit au sens des art. 691 et 693 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, de manière à autoriser un pourvoi devant notre Cour contre une décision d'une cour d'appel provinciale, et deuxièmement, de savoir quelle norme de contrôle doit être appliquée par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict. J'ai conclu dans l'arrêt *Biniaris* que l'arrêt *Yebes* devait être confirmé de nouveau. Une dissidence sur la question de savoir si le verdict était raisonnable est une dissidence sur une question de droit, peu importe qu'elle repose sur la formulation du critère applicable ou sur l'application de ce critère aux circonstances particulières de l'affaire. Le critère qui doit être appliqué 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» (*Yebes*, précité, à la p. 185). En se livrant à l'exercice prescrit par le sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, le tribunal d'examen doit réexaminer la preuve en profondeur et mettre à profit toute son expérience pour déterminer si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le verdict était raisonnable. Le verdict sera inévitablement un verdict que le jury pouvait rendre, en ce sens que le juge du procès n'a commis aucune

basis upon which it concludes that the verdict is inconsistent with the requirements of a judicial appreciation of the evidence. This is what must now be done in this case.

II. Factual Background

2 The facts are not in dispute. On August 29, 1995, the appellant Molodowic killed his grandfather. In the middle of the night, he drove from his home in MacGregor, Manitoba, to his grandfather's farm eight miles away. On the way, he parked and loaded his semi-automatic 7.62 caliber carbine. When he arrived, he aimed directly at his grandfather and fired two bullets into his chest. He then drove back to MacGregor, went to a friend's house and told her father that he had just shot his grandfather and that the police should be called. Within an hour of the killing, the appellant was arrested and, after being properly informed of his rights, he gave a statement to the police.

3 The appellant suffers from a serious mental disorder. On the night of the killing, he had been drinking. The appellant was tried on a charge of second degree murder before Menzies J. and a jury. He argued, relying on the expert evidence of two psychiatrists, that he was not criminally responsible by reason of mental disorder. In the alternative, he relied on the defence of drunkenness.

4 In his charge, Menzies J. instructed the jurors that they were entitled to accept or reject all or part of the expert evidence. The appellant was convicted of second degree murder and sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 10 years. The Court of Appeal, Huband J.A. dissenting, dismissed the appeal. The only issue considered by the Court of Appeal, and the only issue before this Court, was whether the verdict was

erreur de droit en le laissant à l'appréciation du jury. En outre, il ne suffit pas que le juge qui procède à l'examen ait simplement une perception de la preuve différente de celle du jury. La cour d'appel doit, pour écarter le verdict, expliquer ce qui l'incite à conclure qu'il n'est pas conforme aux exigences d'une appréciation judiciaire de la preuve. C'est ce qui doit être fait dans la présente affaire.

II. Les faits

Les faits ne sont pas contestés. Le 29 août 1995, l'appellant Molodowic a tué son grand-père. En pleine nuit, il a quitté sa demeure à MacGregor (Manitoba) pour se rendre à la ferme de son grand-père, huit milles plus loin. Chemin faisant, il a garé son véhicule pour charger sa carabine semi-automatique de calibre 7.62. À son arrivée, il a fait feu en direction de son grand-père, l'atteignant deux fois à la poitrine. Il est ensuite retourné à MacGregor, s'est rendu chez une amie et a dit au père de cette dernière qu'il venait d'abattre son grand-père et qu'il fallait alerter la police. Moins d'une heure après le meurtre, l'appellant a été arrêté et, après avoir été dûment informé de ses droits, il a fait une déclaration à la police.

L'appellant est atteint de graves troubles mentaux. Il avait bu la nuit du meurtre. L'appellant a subi son procès pour meurtre au deuxième degré devant le juge Menzies et un jury. Il a soutenu, en invoquant le témoignage d'expert de deux psychiatres, qu'il était non responsable criminellement pour cause de troubles mentaux. Il a invoqué l'ivresse comme moyen de défense subsidiaire.

Dans son exposé, le juge Menzies a dit aux jurés qu'ils étaient en droit d'accepter ou de rejeter, en totalité ou en partie, la preuve d'expert. L'appellant a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré et condamné à une peine d'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 10 ans. La Cour d'appel a rejeté l'appel, le juge Huband étant dissident. La seule question que la Cour d'appel a examinée, et la seule dont notre Cour a été saisie, était de savoir si le verdict était déraisonnable relative-

unreasonable with respect to the effects of the appellant's illness on his criminal responsibility.

III. Relevant Statutory Provisions

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

16. (1) No person is criminally responsible for an act committed or an omission made while suffering from a mental disorder that rendered the person incapable of appreciating the nature and quality of the act or omission or of knowing that it was wrong.

(2) Every person is presumed not to suffer from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility by virtue of subsection (1), until the contrary is proved on the balance of probabilities.

(3) The burden of proof that an accused was suffering from a mental disorder so as to be exempt from criminal responsibility is on the party that raises the issue.

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

IV. General Principles

At trial, it was conceded that the appellant appreciated both the nature and quality of his acts, in the sense that he understood that he was causing the death of his grandfather, and that he knew that it was against the law to do so. However, under the terms of s. 16 of the *Criminal Code*, the appellant was entitled to be found not criminally responsible for the killing if he could prove, on a balance of

ment à l'incidence de la maladie de l'appelant sur sa responsabilité criminelle.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

16. (1) La responsabilité criminelle d'une personne n'est pas engagée à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part survenu alors qu'elle était atteinte de troubles mentaux qui la rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais.

(2) Chacun est présumé ne pas avoir été atteint de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle sous le régime du paragraphe (1); cette présomption peut toutefois être renversée, la preuve des troubles mentaux se faisant par prépondérance des probabilités.

(3) La partie qui entend démontrer que l'accusé était affecté de troubles mentaux de nature à ne pas engager sa responsabilité criminelle a la charge de le prouver.

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

IV. Les principes généraux

Au procès, on a reconnu que l'appelant était conscient de la nature et de la qualité de ses actes, en ce sens qu'il comprenait qu'il était en train de causer le décès de son grand-père, et qu'il savait que cela était contraire à la loi. Cependant, aux termes de l'art. 16 du *Code criminel*, l'appelant avait le droit d'être jugé non responsable criminellement du meurtre s'il pouvait établir, selon la pré-

probabilities, that, by reason of his mental disorder, he was incapable of knowing that his act was morally wrong. Defence counsel relied on the testimony of two psychiatrists, Drs. Harold Shane and Stanley Yaren, for the purpose of establishing that when he killed his grandfather, the appellant did not know that his act was morally wrong. This was the narrow issue confronting the jury.

7 In *R. v. Ratti*, [1991] 1 S.C.R. 68, at p. 80, this Court held that an act or omission is “wrong”, within the meaning of s. 16, where that act or omission “in the particular circumstances would have been morally condemned by reasonable members of society” (emphasis in original). In deciding whether or not an accused appreciated that his actions were morally wrong, a jury is not “bound by the expert psychiatric testimony and . . . its probative value [is] to be assessed in the same manner as any other testimony” (*Ratti, supra*, at p. 81). Further, in weighing expert evidence a jury is entitled to examine the factual foundations of the opinion and is entitled to accord less weight to that opinion where it is not based on facts proved at trial and/or where it is based upon factual assumptions with which they disagree. See *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at pp. 896-97, and *Ratti, supra*, at p. 81.

8 The jury may therefore reject the opinion of experts, even when the experts called are unanimous and uncontradicted by other experts. For example, in *R. v. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, the Ontario Court of Appeal was faced with a verdict rejecting purportedly uncontradicted expert evidence. Lacourcière J.A., speaking for the court, stated at p. 177:

This Court is not at liberty to come to its own conclusion on the issue of insanity and thereby disregard the verdict pronounced by a jury. Having regard to the statutory presumption of sanity, this Court ought not to interfere with the verdict of a jury unless on consideration of all the evidence, we are satisfied that it was one which no jury acting judicially and properly instructed could have reached. . . .

pondérance des probabilités, que ses troubles mentaux le rendaient incapable de savoir que l'acte accompli était moralement répréhensible. L'avocat de la défense s'est fondé sur le témoignage de deux psychiatres, les Drs Harold Shane et Stanley Yaren, pour établir que l'appellant ignorait que ce qu'il faisait était moralement répréhensible lorsqu'il a tué son grand-père. Telle est la question précise dont le jury était saisi.

Dans l'arrêt *R. c. Ratti*, [1991] 1 R.C.S. 68, à la p. 80, notre Cour a conclu qu'un acte ou une omission est «mauvais», au sens de l'art. 16, lorsque cet acte ou cette omission «dans les circonstances particulières aurait été moralement réprouvé par des membres raisonnables de la société» (souligné dans l'original). Pour décider si l'accusé était conscient ou non que ses actes étaient moralement répréhensibles, le jury n'est pas «lié par les témoignages des psychiatres et [. . .] leur valeur probante [doit] être appréciée de la même manière que tout autre témoignage» (*Ratti*, précité, à la p. 81). En outre, lorsqu'il apprécie une preuve d'expert, le jury a le droit d'examiner les fondements factuels de l'opinion exprimée et d'accorder moins d'importance à cette opinion si elle ne repose pas sur des faits établis au procès ou si elle est fondée sur des hypothèses factuelles auxquelles il ne souscrit pas, ou les deux à la fois. Voir *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, aux pp. 896 et 897, et *Ratti*, précité, à la p. 81.

Le jury peut donc rejeter l'opinion d'experts, même lorsque leur témoignage est unanime et n'est pas contredit par celui d'autres experts. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Mailloux* (1985), 25 C.C.C. (3d) 171, la Cour d'appel de l'Ontario était saisie d'un verdict qui rejetait une preuve d'expert apparemment non contredite. Le juge Lacourcière a affirmé, au nom de la cour, à la p. 177:

[TRADUCTION] Notre cour n'a pas le loisir de tirer sa propre conclusion sur la question de l'aliénation mentale et, par le fait même, de ne pas tenir compte du verdict prononcé par le jury. Pour ce qui est de la présomption légale que chacun est sain d'esprit, nous ne devrions annuler le verdict d'un jury que si, après avoir examiné l'ensemble de la preuve, nous sommes convaincus qu'un jury agissant judiciairement et ayant reçu des directives appropriées ne l'aurait pas rendu . . .

However, there has to be a rational foundation, in the evidence, for the jury to reasonably reject the opinion of the experts. In *Mailloux*, two eminent forensic psychiatrists had expressed the opinion that the appellant suffered from a paranoid personality disorder dating back to a period well before the shooting. Lacourcière J.A. summarized more precisely the purport of their evidence at p. 173:

Both psychiatrists testified that the [accused] at the material time, by reason of psychotic delusions, was incapable of appreciating the nature and quality of his acts and of knowing that his acts were wrong. They also agreed that the [accused] was incapable of forming the specific intent necessary to commit murder. However, the opinions expressed in their evidence-in-chief were substantially qualified and diluted by the evidence which they gave during cross-examination, which was obviously accepted by the jury, to the effect that the [accused] knew that pulling the trigger would cause the gun to fire and that he was able to appreciate the nature and quality of the act and to understand the immediate physical consequence which would flow from it, *i.e.*, that someone would be killed. In particular, Dr. Orchard admitted in cross-examination that first the [accused] was capable of knowing that the act was wrong and was also capable of forming the specific intent to kill.

The appellant had submitted that the verdict of murder was unreasonable in light of the uncontradicted psychiatric opinions coupled with the evidence of drug abuse, the absence of motive and the bizarre nature of the accused's conduct before and after the shooting. The Court of Appeal did not accept that argument and concluded at p. 177:

Dealing first with our power to substitute a verdict under s. 613(1)(d), there certainly was ample evidence upon which the jury could properly return a verdict of not guilty by reason of insanity. However, we are satisfied that the evidence was also capable of reasonably supporting the jury's conclusion, according to the view which they took of it, that the defence of insanity had not been proved by the accused on the balance of probabilities.

Cependant, il doit y avoir un fondement rationnel dans la preuve pour que le jury puisse raisonnablement rejeter l'opinion des experts. Dans l'arrêt *Mailloux*, deux éminents psychiatres légistes s'étaient dit d'avis que l'appelant était atteint de paranoïa bien avant la fusillade. Le juge Lacourcière a résumé de façon plus précise le contenu de leur témoignage, à la p. 173:

[TRADUCTION] Les deux psychiatres ont témoigné que, parce qu'à l'époque pertinente il était en proie à des hallucinations psychotiques, l'[accusé] ne pouvait pas juger de la nature et de la qualité de ses actes ni savoir qu'ils étaient mauvais. Ils étaient également d'accord pour dire que l'[accusé] était incapable de former l'intention spécifique requise pour commettre un meurtre. Cependant, les opinions qu'ils ont exprimées au cours de leur interrogatoire principal ont grandement été nuancées et diluées par le témoignage qu'ils ont fait en contre-interrogatoire et que le jury a manifestement retenu, voulant que l'[accusé] ait su qu'en appuyant sur la gâchette il y aurait un coup de feu, et qu'il ait également été en mesure de juger de la nature et de la qualité de cet acte et de comprendre les conséquences physiques immédiates qui en découleraient, c'est-à-dire qu'une personne serait tuée. En particulier, le Dr Orchard a reconnu en contre-interrogatoire que l'[accusé] était d'abord capable de savoir qu'il s'agissait d'un acte mauvais, et qu'il était aussi capable de former l'intention spécifique de tuer.

L'appelant a soutenu que le verdict de meurtre était déraisonnable compte tenu à la fois des opinions non contredites des psychiatres et de la preuve de toxicomanie, de l'absence de mobile et de la nature étrange de son comportement avant et après la fusillade. La Cour d'appel n'a pas retenu cet argument et a conclu, à la p. 177:

[TRADUCTION] Pour ce qui est d'abord du pouvoir de substituer un verdict que nous confère l'al. 613(1)d), il y avait certainement assez d'éléments de preuve pour permettre au jury de prononcer régulièrement un verdict de non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale. Nous sommes cependant convaincus que la preuve pouvait aussi raisonnablement appuyer la conclusion du jury, étant donné l'opinion qu'il s'en était faite, que l'accusé n'avait pas réussi à démontrer, selon la prépondérance des probabilités, l'existence de l'aliénation mentale invoquée comme moyen de défense.

Mailloux, supra, was affirmed by this Court (see *R. v. Mailloux*, [1988] 2 S.C.R. 1029). Lamer J. (as he then was) stated at p. 1044:

Stated in technical terms, the finding by the jury was that the accused had not rebutted by a preponderance of evidence the presumption of sanity. After reviewing the evidence, I am in agreement with the Court of Appeal's finding that there was evidence supportive of the jury's conclusion and that the verdict, in that regard, was not unreasonable.

10

A proper understanding and weighing of expert opinion often plays a central role in the determination of whether or not an accused should be found not guilty by reason of mental disorder. The absence of a Crown rebuttal expert to contradict an accused's psychiatric evidence is not in itself sufficient to conclude that a verdict of guilty was unreasonable if that conclusion remained reasonably open to the jury on the totality of the evidence. However, it may be unreasonable for a jury to disregard the expert evidence put before it, particularly where all the experts called were in agreement with each other, when their evidence was "uncontradicted and not seriously challenged" (*R. v. Kelly* (1971), 6 C.C.C. (2d) 186 (Ont. C.A.), at p. 186), and when there was nothing in the "conduct of the commission of the crime which would raise any serious question as to the validity of the psychiatrists' conclusion" (*Kelly*, at p. 186). Furthermore, appellate review of the reasonableness of the jury's findings must be undertaken in light of the standard articulated in *Biniaris, supra*.

V. Analysis and Application to this Appeal

11

As indicated earlier, it is common ground that the issue presents itself on a very narrow footing. The appellant clearly suffers from a severe mental disorder, which was diagnosed as paranoid schizophrenia. When he killed his grandfather, by his own admission, and consistent with the opinion of the experts, he did appreciate that what he was doing was legally wrong and that he would be punished for it. The only live issue for the jury, and the one on which the Court of Appeal was divided,

L'arrêt *Mailloux*, précité, a été confirmé par notre Cour (voir *R. c. Mailloux*, [1988] 2 R.C.S. 1029). Le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a dit, à la p. 1044:

Techniquement parlant, le jury a conclu que l'accusé n'avait pas réfuté par la prépondérance de la preuve la présomption qu'il était sain d'esprit au moment de commettre les meurtres. Compte tenu de la preuve soumise, je partage la décision de la Cour d'appel portant qu'il existait des éléments de preuve appuyant la conclusion du jury et qu'à cet égard le verdict n'était pas déraisonnable.

Une bonne compréhension et appréciation d'une opinion d'expert joue souvent un rôle crucial pour ce qui est de déterminer s'il y a lieu de déclarer l'accusé non coupable pour cause de troubles mentaux. Le fait que le ministère public ne fasse pas réfuter par un expert la preuve psychiatrique d'un accusé n'est pas suffisant en soi pour conclure qu'un verdict de culpabilité est déraisonnable si le jury pouvait raisonnablement tirer cette conclusion d'après l'ensemble de la preuve. Cependant, il peut être déraisonnable qu'un jury ne tienne pas compte de la preuve d'expert qui lui est soumise, particulièrement lorsque les experts appelés à témoigner étaient tous du même avis, que leur témoignage n'a pas été [TRADUCTION] «contredit ni sérieusement contesté» (*R. c. Kelly* (1971), 6 C.C.C. (2d) 186 (C.A. Ont.), à la p. 186) et que [TRADUCTION] «la façon dont le crime a été commis ne met pas sérieusement en doute la validité de la conclusion des psychiatres» (*Kelly*, à la p. 186). De plus, l'examen en appel du caractère raisonnable des conclusions du jury doit être fait en fonction de la norme énoncée dans l'arrêt *Biniaris*, précité.

V. Analyse et application au présent pourvoi

Comme nous l'avons vu, tous s'accordent pour dire que la question litigieuse est très circonscrite. Il est évident que l'appelant est atteint de graves troubles mentaux; on a diagnostiqué chez lui une schizophrénie paranoïde. Il a avoué que, lorsqu'il a tué son grand-père, il savait que ce qu'il faisait était légalement répréhensible et qu'il serait puni pour son geste, ce qui concorde avec l'opinion des experts. La seule question que devait trancher le jury, sur laquelle les juges de la Cour d'appel

was whether the jury could reasonably conclude, on all the evidence, that the appellant also understood that what he did was morally wrong, so as to fully engage his criminal responsibility. This falls to be determined in large part, but not exclusively, on the basis of the expert evidence of the two psychiatrists who testified at trial.

The trial judge correctly instructed the jury that they were not required to accept that evidence, but that they had to assess it in light of the totality of the evidence tendered, and that they were entitled to reach their own conclusion even if it conflicted with that of the experts. A majority of the Court of Appeal concluded that it was not unreasonable for the jury to convict in that “it was within the right of the jury to reach the verdict it did” ((1998), 126 Man. R. (2d) 241, at p. 244), whether one agreed with that verdict or not. Huband J.A., dissenting, reviewed all the evidence bearing on the central question of whether the appellant knew that killing his grandfather was morally wrong. He approved of the trial judge’s instructions to the jury that they were not bound to accept the unchallenged opinion of the experts but said (at p. 252):

The trial judge[’s] . . . instruction needs to be considered in the context of the case presented to the jury. The expert opinions of Dr. Yaren and Dr. Shane need not be accepted if there is some reason to reject them, because of some discernible flaw in their reasoning or because the opinion was formulated on too fragile a factual basis or because the opinion conflicts with inferences one might logically draw from other evidence.

One might have legitimate reservations about the opinion of Dr. Shane, standing alone. But I do not see any rational basis for rejecting the opinion of Dr. Yaren. Dr. Yaren starts with the credibility of a truly independent witness. He has substantial experience in this field. He has the benefit of a staff of skilled associates to assist him in reaching his diagnosis and formulating his opinion as to the culpability of the accused. His opinion is entirely consistent with the evidence as to the accused’s conduct in the months and weeks leading up to the shooting. It also accords with the conduct of the accused

étaient divisés, était de savoir s’il pouvait raisonnablement conclure, d’après l’ensemble de la preuve, que l’appelant comprenait également que ce qu’il faisait était moralement répréhensible, de sorte que sa responsabilité criminelle était pleinement engagée. Cette question doit être résolue en grande partie, mais non exclusivement, en fonction de la preuve d’expert des deux psychiatres qui ont témoigné au procès.

Le juge du procès a eu raison de dire au jury qu’il n’était pas tenu d’accepter ces témoignages, mais qu’il devait les apprécier en fonction de l’ensemble de la preuve produite et qu’il avait le droit de tirer sa propre conclusion, même si elle était contraire à celle des experts. Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu qu’il n’était pas déraisonnable que le jury prononce une déclaration de culpabilité, étant donné qu’il [TRADUCTION] «avait le droit de rendre le verdict qu’il a rendu» ((1998), 126 Man. R. (2d) 241, à la p. 244), que l’on soit d’accord ou non avec ce verdict. Le juge Huband, dissident, a examiné tous les éléments de preuve portant sur la question centrale de savoir si l’appelant était conscient que tuer son grand-père était moralement répréhensible. Il a approuvé les directives du juge du procès, selon lesquelles le jury n’était pas tenu d’accepter l’opinion incontestée des experts, mais il a ajouté (à la p. 252):

[TRADUCTION] . . . il faut examiner [l]es directives du [juge du procès] dans le contexte de la preuve soumise au jury. Il n’est pas nécessaire d’accepter les opinions d’expert des D^{rs} Yaren et Shane s’il y a une raison de les rejeter, du fait qu’on peut discerner une lacune dans leur raisonnement, que leur opinion repose sur un fondement factuel trop fragile ou qu’elle contredit les déductions qui pourraient logiquement être faites d’autres éléments de preuve.

On pourrait émettre des réserves légitimes au sujet de l’opinion même du D^r Shane, mais je ne vois aucune raison de rejeter celle du D^r Yaren. Le D^r Yaren a, au départ, la crédibilité d’un témoin véritablement indépendant. Il a acquis une expérience considérable dans ce domaine. Il est entouré d’associés qualifiés qui peuvent l’aider à poser un diagnostic et à formuler une opinion sur la culpabilité ou l’innocence de l’accusé. Son opinion concorde parfaitement avec la preuve du comportement de l’accusé au cours des mois et des semaines qui ont précédé la fusillade. Elle concorde aussi avec le

on the night of the killing, as described by others and through the accused's own statement to the police.

To reject all of this evidence was, in my view, unreasonable and invites appellate intervention. I would set aside the verdict on the ground that it is unreasonable and cannot be supported by the evidence, and I would substitute a verdict that the accused is not criminally responsible by reason of mental disorder.

I agree with the foregoing conclusions and need expand only briefly on the reasons of Huband J.A.

13

This, in my view, is a case in which the weight of judicial experience must be brought to bear on the assessment of the reasonableness, as a matter of law, of the conclusion reached by the jury. There is a real danger, which manifested itself here, that a jury will be unduly skeptical of a "defence" that is often perceived as easy to fabricate and difficult to rebut. This is particularly so when the actions of the accused present a large component of rationality, as they do in a case such as this where it is conceded that the appellant knew what he was doing and realized that his actions were prohibited by law. More dangerous still, the statements of the appellant made shortly after the killing, and in particular his answers to the questions of the police, presented him in a most unfavourable light. The endless flow of obscenities that they contain makes it difficult to overcome an impression of the accused as a cold-hearted, callous and remorseless killer. Further, they confirm that the appellant understood that the killing of his grandfather was legally wrong. They can also be viewed as indicating that he felt a deep hatred for his grandfather, and as providing a sane and rational explanation as to why he would want to kill this man that he describes as his tormentor. However, the statements also reveal a very disturbed mind. Huband J.A. puts it this way (at pp. 245-46):

It is only a slight exaggeration to say that every second word in the accused's statement is the "f" word or some other expletive. . . . But if one can see beyond the

comportement de l'accusé, la nuit du meurtre, selon la description qu'en ont donnée d'autres personnes et l'accusé lui-même dans sa déclaration à la police.

Le rejet de tous ces éléments de preuve était, à mon avis, déraisonnable et ouvre la porte à une intervention en appel. Je suis d'avis d'annuler le verdict pour le motif qu'il est déraisonnable et ne peut pas s'appuyer sur la preuve, et d'y substituer un verdict de non-responsabilité criminelle de l'accusé pour cause de troubles mentaux.

Je suis d'accord avec les conclusions qui précèdent, et il me suffit de traiter brièvement les motifs du juge Huband.

Il s'agit, à mon avis, d'un cas où la cour doit appliquer toute son expérience pour évaluer le caractère raisonnable, sur le plan juridique, de la conclusion à laquelle le jury est parvenu. Il y a un danger réel, qui s'est concrétisé dans la présente affaire, qu'un jury soit trop sceptique sur un «moyen de défense» qui est souvent perçu comme facile à fabriquer et difficile à réfuter. Cela est particulièrement vrai lorsque les actes de l'accusé comportent une large mesure de rationalité, comme c'est le cas dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, où l'on reconnaît que l'appellant savait ce qu'il faisait et se rendait compte que ses actes étaient illégaux. Le danger est d'autant plus grand que les déclarations de l'appellant peu après le meurtre et, en particulier, ses réponses aux questions de la police le présentent sous un jour des plus défavorables. Les innombrables obscénités qu'elles contiennent font qu'il est difficile de ne pas avoir l'impression que l'accusé est un tueur impitoyable, cruel et sans remords. En outre, elles confirment que l'appellant comprenait que tuer son grand-père était légalement répréhensible. Elles peuvent également être perçues comme un signe que l'appellant éprouvait une haine profonde pour son grand-père, et comme une explication sensée et rationnelle de la raison pour laquelle il avait voulu tuer cet homme qu'il décrit comme son bourreau. Cependant, ces déclarations révèlent aussi un esprit très troublé. Voici ce qu'en dit le juge Huband (aux pp. 245 et 246):

[TRADUCTION] On exagère à peine en disant que chaque phrase de la déclaration de l'accusé est truffée de paroles grossières. [. . .] Toutefois, au-delà de toutes les

torrent of obscenities, the statement reveals a deeply disturbed person. At the outset, he was belligerent — interrupting the police officer with obscenities while the officer was attempting to extend to him *Charter* rights. But when told of his right to counsel, he dissolves into tears and asks that his sister be contacted. The police assure him that they are endeavoring to do so.

The question is put to the accused:

“Q. Can you tell us what happened this morning?”

A. I went fucking ended my fucking torment so I went and shot him.

Q. Shot who?

A. No one can tell me anything anyway, so I went and shot my grandfather. Made fucking life a torment anyway, the fucking son of a bitch. He’d have to be fucking alive to tell you. He’s not alive, so you’re not going to hear nothing, so that’s it. I mean, what the fuck are you going to tell?”

After describing how he shot and killed his grandfather, the appellant explained that the rifle he used had been given by his grandfather to his brother, who had committed suicide about a year before. This could also have been viewed as providing a rational motive for the killing, but again, as pointed out by Huband J.A., apart from the statements of the appellant accusing his grandfather of tormenting him, nothing in the evidence suggests that this tormenting was anything but a fictional product of the appellant’s imagination. When asked directly by the police why he detested his grandfather so much, the accused gave a rather incoherent answer: “[H]e doesn’t really aggravate me. He fucking says stuff, you know what I mean. Like it’s just fucking, I don’t know”.

The appreciation of the import of expert psychiatric evidence must be a realistic and reasonable one. Expert evidence, be it in the field of psychiatry or some other field, does not always provide a dispositive answer to questions of fact raised in an adjudicative legal context. In *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418 (1979), in rejecting the “beyond a reasonable doubt” standard as inappropriate in

obsécénités qu’elle contient, la déclaration de l’appelant révèle une personnalité profondément troublée. Au départ, il était très agressif — interrompant le policier en lui lançant des obscénités au moment où ce dernier tentait de l’informer de ses droits en vertu de la *Charte*. Mais, quand il a été informé de son droit à un avocat, il a fondu en larmes et a demandé que l’on communique avec sa sœur. Les policiers l’ont alors assuré qu’ils allaient tenter de communiquer avec elle.

On demande à l’accusé:

«Q. Pouvez-vous nous dire ce qui est arrivé ce matin?»

R. Crisse, je suis allé le tirer parce qu’il me tourmentait en ostie.

Q. Tirer qui?

R. Personne ne peut rien me dire de toute façon, alors, je suis allé tirer mon grand-père. L’enfant de chienne, il n’arrêtait pas de me tourmenter, crisse. Il vous le dirait s’il était en vie, câlice. Mais comme il est mort, il ne vous dira rien du tout, point final. De toute façon, qu’est-ce que vous pouvez dire, crisse?»

Après avoir décrit comment il avait tué d’un coup de feu son grand-père, l’appelant a expliqué que l’arme dont il s’était servi était une carabine que son grand-père avait donnée à son frère, qui s’était suicidé environ une année auparavant. Cela aurait également pu être perçu comme un motif raisonnable de commettre le meurtre, mais là encore, comme l’a souligné le juge Huband, outre les déclarations dans lesquelles l’appelant accuse son grand-père de l’avoir tourmenté, rien dans la preuve n’indique que ces tourments étaient autre chose que le fruit de son imagination. Lorsque la police lui a demandé directement pourquoi il détestait tant son grand-père, l’accusé a donné une réponse plutôt incohérente: [TRADUCTION] «[I] ne me tape pas vraiment sur les nerfs. Il dit des choses, crisse, tu vois ce que je veux dire. Câlice — je sais pas moi».

L’appréciation de l’importance du témoignage des psychiatres doit être réaliste et raisonnable. Le témoignage d’expert, que ce soit dans le domaine de la psychiatrie ou dans un autre domaine, n’apporte pas toujours une réponse décisive aux questions de fait soulevées dans le cadre d’une action en justice. Dans l’arrêt *Addington c. Texas*, 441 U.S. 418 (1979), la Cour suprême des États-Unis a

14

15

civil commitment proceedings, the United States Supreme Court said (at p. 430):

The subtleties and nuances of psychiatric diagnosis render certainties virtually beyond reach in most situations. The reasonable-doubt standard of criminal law functions in its realm because there the standard is addressed to specific, knowable facts. Psychiatric diagnosis, in contrast, is to a large extent based on medical "impressions" drawn from subjective analysis and filtered through the experience of the diagnostician. This process often makes it very difficult for the expert physician to offer definite conclusions about any particular patient.

See *Re Robinson and Hislop* (1980), 114 D.L.R. (3d) 620 (B.C.S.C.), at p. 629; *Re Hoskins and Hislop* (1981), 121 D.L.R. (3d) 337 (B.C.S.C.), at p. 342; *R. v. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), at p. 199. The nature and limits of psychiatric expertise must be kept in mind in assessing whether the appellant discharged his burden to establish the defence of mental disorder on a balance of probabilities essentially through expert evidence.

affirmé ce qui suit, en décidant qu'il ne convenait pas d'appliquer la norme «hors de tout doute raisonnable» dans des procédures civiles d'internement (à la p. 430):

[TRADUCTION] Les subtilités et les nuances du diagnostic d'un psychiatre rendent les certitudes quasiment impossibles dans la plupart des cas. L'efficacité de la norme du doute raisonnable en droit criminel découle du fait qu'elle vise des faits précis et connaissables. Par contre, le diagnostic d'un psychiatre repose, dans une large mesure, sur des «impressions» médicales émanant d'une analyse subjective et passées au crible de l'expérience de l'auteur du diagnostic. Ce processus fait souvent en sorte qu'il est très difficile pour le médecin expert de tirer des conclusions précises au sujet d'un patient donné.

Voir *Re Robinson and Hislop* (1980), 114 D.L.R. (3d) 620 (C.S.C.-B.), à la p. 629; *Re Hoskins and Hislop* (1981), 121 D.L.R. (3d) 337 (C.S.C.-B.), à la p. 342; *R. c. Carleton* (1981), 32 A.R. 181 (C.A.), à la p. 199. Il faut garder à l'esprit la nature et les limites de la compétence d'un psychiatre en décidant si l'appelant s'est acquitté de son obligation d'établir, selon la prépondérance des probabilités et essentiellement par une preuve d'expert, l'existence de troubles mentaux comme moyen de défense.

16

The appellant underwent two psychiatric assessments. Eleven days after the killing, Dr. Shane, a private psychiatrist hired by defence counsel, interviewed the appellant for three to five hours. Approximately nine months later, the appellant was admitted to the care of Dr. Yaren, the Director of Forensic Services Unit at the Winnipeg Health Sciences Centre, on an indefinite basis for the purposes of a court ordered assessment. It was Dr. Shane's opinion, based primarily on his interview with the appellant, background information provided by the appellant's family documenting his behavior in the months before the shooting and the appellant's statement to the police, that the appellant had been suffering from psychotic delusional disorder, referred to as the "persecutory type", for at least two months prior to the killing. In his view, it was possible, but highly unlikely, that the appellant possessed the capacity to appreciate the moral

L'appelant a subi deux évaluations psychiatriques. Onze jours après le meurtre, le Dr Shane, un psychiatre de secteur privé dont les services avaient été retenus par l'avocat de la défense, s'est entretenu avec l'appelant pendant trois à cinq heures. Environ neuf mois plus tard, l'appelant a été confié pour une période indéterminée aux soins du Dr Yaren, le directeur des Services de psychiatrie légale du Centre des sciences de la santé de Winnipeg, afin de subir une évaluation ordonnée par la cour. À la lumière principalement de son entretien avec l'appelant, des renseignements fournis par des membres de la famille de l'appelant au sujet de son comportement au cours des mois ayant précédé la fusillade, et de la déclaration de l'appelant à la police, le Dr Shane s'est dit d'avis que l'appelant avait été en proie à des hallucinations psychotiques du genre «idées délirantes de persécution» pendant au moins deux mois avant le

quality of his actions when he killed his grandfather.

Similarly, Dr. Yaren was of the opinion that it was “highly probable” that the appellant did not have the capacity to appreciate that his actions were wrong. Relying on his interviews with the appellant, the results of formal psychological testing conducted at the Health Sciences Centre, records from the appellant’s three-day stay at the Brandon Mental Health Centre in August 1995, interviews with the appellant’s family and the appellant’s statement to the police, he diagnosed the appellant as having developed full-blown paranoid schizophrenia, a severe mental disorder, roughly two months prior to the shooting. While Drs. Shane and Yaren differed in their precise diagnoses, both agreed that they were quite consistent. The diagnosed mental illnesses shared key symptoms, including visual and auditory hallucinations and persecutory delusions which together severely impair the sufferer’s contact with or grasp of reality. Further, both doctors were of the opinion that the appellant’s act of shooting his grandfather was consistent with his mental disorder having caused him to believe that only in so doing could he save himself from further torment.

The Crown did not call a rebuttal expert to contradict the testimony of Drs. Shane and Yaren. However, on cross-examination the Crown challenged the expert evidence and was successful in eliciting a number of admissions and concessions. The majority of the Court of Appeal relied heavily on those as a foundation for the reasonableness of the jury’s verdict. In my view, this emphasis was misplaced. Before assessing the weight, including the credibility, of expert evidence, it is important to characterize the gist of that evidence correctly.

Dr. Shane’s evidence was particularly problematic and, in isolation, might not have persuaded a reasonable jury, properly instructed, on a balance

meurtre. À son avis, il était possible, quoique fort improbable, que l’appelant ait été en mesure de juger de la qualité morale de ses actes quand il a tué son grand-père.

De même, le D^r Yaren était d’avis qu’il était [TRADUCTION] «fort probable» que l’appelant ait été incapable de se rendre compte que ses actes étaient mauvais. Compte tenu de ses entretiens avec l’appelant, des résultats des tests psychologiques effectués au Centre des sciences de la santé, des dossiers relatifs aux trois jours que l’appelant avait passés au Centre de santé mentale de Brandon en août 1995, des entretiens qu’il avait eus avec des membres de la famille de l’appelant, et de la déclaration que ce dernier avait faite à la police, il a déterminé que l’appelant souffrait de schizophrénie paranoïde caractérisée, un grave trouble mental, environ deux mois avant la fusillade. Même si leurs diagnostics précis différaient, les D^{rs} Shane et Yaren s’entendaient pour dire qu’ils étaient très compatibles. Les maladies mentales diagnostiquées avaient en commun des symptômes clés, dont des hallucinations visuelles et auditives qui, jointes à des idées délirantes de persécution, affaiblissent considérablement la perception de la réalité qu’a la personne qui en est atteinte. En outre, les deux médecins étaient d’avis que l’acte accompli par l’appelant en abattant son grand-père cadrait avec les troubles mentaux qui l’avaient amené à croire qu’il s’agissait pour lui de la seule façon de mettre fin à ses tourments.

Le ministère public n’a fait témoigner aucun expert pour réfuter le témoignage des D^{rs} Shane et Yaren. Cependant, en contre-interrogatoire, il a contesté la preuve d’expert et a réussi à obtenir un certain nombre d’aveux et de concessions. Les juges majoritaires de la Cour d’appel se sont grandement fondés sur ces aveux et concessions pour conclure que le verdict du jury était raisonnable. À mon avis, ils ont fait fausse route. Avant d’apprécier la valeur et notamment la crédibilité d’une preuve d’expert, il importe d’en qualifier correctement l’essentiel.

Le témoignage du D^r Shane était particulièrement problématique et n’aurait peut-être pas été suffisant pour convaincre, selon la prépondérance

17

18

19

of probabilities, that the appellant did not know at the relevant time that killing his grandfather was wrong. Dr. Shane acknowledged that since the appellant had little or no recollection of the incident, it was very difficult to assess his state of mind at that time. He also spoke of the relationship between the appellant's psychotic disorder and the fact that he was intoxicated around the time he shot his grandfather in somewhat confusing terms, suggesting that the consumption of alcohol may have "disinhibited him . . . accentuat[ing] certain parts of [his] psychosis" and that it may have "precipitated" his paranoid perception of his grandfather "and the release of disturbing and destructive homicidal impulses". More importantly, in the eyes of the majority of the Court of Appeal (at p. 243),

Dr. Shane testified that the accused knew that the killing was morally wrong during the interview on September 9, 1995. He described this as "an island of lucidity" and acknowledged that islands of lucidity "could also have existed on August 29th, August 30th, 31st and so on as they did . . . on September 9th".

Dr. Shane also admitted that a traumatic event could trigger a psychotic deterioration. However, all these concessions and admissions are consistent with the fact, also obviously acknowledged by the experts in this case, that they could not state with 100 percent certainty what the mental state of the appellant actually was at the time of the offence. More importantly, the various possibilities, highlighted by both the Crown and the majority of the Court of Appeal, did not cause the doctors to depart from their overall, professional conclusion that the appellant lacked the moral appreciation, at the relevant time, necessary to trigger his criminal responsibility. This is particularly true in the case of Dr. Yaren who candidly acknowledged that his opinion had evolved over time but unequivocally asserted a professional opinion supportive of the absence of moral judgment.

des probabilités, un jury raisonnable, ayant reçu des directives appropriées, que l'appellant ignorait, à l'époque pertinente, que tuer son grand-père était mauvais. Le Dr Shane a reconnu que, comme l'appellant n'avait tout au plus qu'un vague souvenir de ce qui s'était passé, il était très difficile de déterminer quel était son état d'esprit à ce moment-là. Il a également parlé, de façon quelque peu embrouillée, du lien qui existait entre la psychose de l'appellant et le fait qu'il était en état d'ébriété au moment où il a fait feu sur son grand-père, laissant entendre que la consommation d'alcool pouvait l'avoir [TRADUCTION] «désinhibé [. . .] [et] accentué certains aspects de [sa] psychose», et qu'elle pouvait avoir «provoqué» la perception paranoïaque qu'il avait de son grand-père et l'avoir amené à «céder à des impulsions meurtrières troublantes et destructrices». Qui plus est, aux yeux des juges majoritaires de la Cour d'appel (à la p. 243),

[TRADUCTION] [l]e Dr Shane a témoigné que l'accusé savait, lors de l'entretien du 9 septembre 1995, que le meurtre était moralement répréhensible. Il a décrit cela comme «un intervalle de lucidité» et reconnu que des intervalles de lucidité «pouvaient être également survenus les 29, 30, 31 août et ainsi de suite, comme cela avait été le cas [. . .] le 9 septembre».

Le Dr Shane a également reconnu qu'un événement traumatisant pouvait déclencher une détérioration psychotique. Cependant, tous ces aveux et concessions sont conciliables avec le fait que les experts ont évidemment eux aussi reconnu, en l'espèce, qu'ils ne pouvaient pas dire avec une certitude absolue quel était vraiment l'état d'esprit de l'appellant au moment où il a commis l'infraction. Qui plus est, les diverses possibilités, soulignées tant par le ministère public que par les juges majoritaires de la Cour d'appel, n'ont pas amené les médecins à modifier leur conclusion générale et professionnelle que l'appellant n'avait pas, au moment pertinent, le jugement moral requis pour engager sa responsabilité criminelle. Cela est particulièrement vrai dans le cas du Dr Yaren, qui, bien qu'il ait reconnu franchement qu'il avait changé d'avis avec le temps, a exprimé clairement une opinion professionnelle étayant l'absence de jugement moral.

In my view, the Court of Appeal misapprehended the significance of the evidence dealing with the possibility that the appellant might have killed his grandfather while experiencing a moment or period of lucidity by interpreting “islands of lucidity”, the concept used by Dr. Shane, as referring to moments or periods of psychiatric normalcy experienced by otherwise psychotic individuals. Dr. Yaren, on cross-examination, explained why this interpretation is not correct:

A . . . I know I’ve referred to it as “fluctuating states of psychosis.” Dr. Shane uses another term, “islands of lucidity” or periods of lucid thinking. It’s quite typical for me to interview someone who is floridly psychotic, who is telling me about, I don’t know, demons inhabiting their abdomen and creatures coming out of the walls, who then will turn to the social worker who may also be in the room and say, By the way, could you go to my apartment at such and such an address and pick up my welfare cheque which is due on Monday? You know, in the same sentence, and so that’s not uncommon.

Q . . . I’m going to suggest to you that on August the 29th of 1995 it’s quite possible that Aaron was, if he was suffering from a mental disorder, experiencing periods of lucidity.

A Yeah, I guess I’m not as taken by the term “periods of lucidity” because it suggests that there are periods of completely normal thinking. I think a better way to think about it is that there are aspects of one’s thinking that can be normal or near normal while one is floridly psychotic, so as an example I gave, at the same time that one is thinking that there are sort of delusions going on one can also think clearly about a matter of fact issue in one’s life. So it’s not to suggest that one’s thinking turns completely to normal. Although that’s possible, too, it’s less likely.

Q . . . And so I’m suggesting to you that in that context he could very well have understood during a period of lucidity on August 29th, 1995, that it was wrong to kill his grandfather, prior to actually doing so or even at the time, but that he was carrying out some other long-standing hatred towards his grandfather.

A For me that’s quite a stretch and I will certainly agree that from moment to moment he could be in touch

À mon avis, la Cour d’appel a mal saisi l’importance de la preuve relative à la possibilité que l’appelant ait pu tuer son grand-père pendant un moment ou une période de lucidité, en considérant que l’expression «intervalles de lucidité», le concept utilisé par le D^r Shane, renvoyait à des moments ou à des périodes de normalité psychologique que connaissent des individus par ailleurs psychotiques. En contre-interrogatoire, le D^r Yaren a expliqué pourquoi cette interprétation est erronée:

[TRADUCTION] R . . . Je sais que j’ai qualifié cela d’«états variables de psychose». Le D^r Shane utilise une autre expression, celle d’«intervalles de lucidité» ou de périodes de pensée lucide. Je rencontre souvent des personnes décidément psychotiques qui me parlent, par exemple, de démons qui habitent leur abdomen et de créatures qui sortent des murs, et qui, soudain, s’adressent au travailleur social qui se trouve également dans la pièce et lui disent: «En passant, pourrais-tu te rendre à mon appartement à telle ou telle adresse pour y cueillir mon chèque d’aide sociale, qui doit arriver lundi?». Tout cela du même souffle, et ce n’est donc pas rare.

Q . . . Je vous dit qu’il est fort possible que, le 29 août 1995, Aaron, en supposant qu’il était atteint de troubles mentaux, ait connu des périodes de lucidité.

R Ouais, je suppose que l’expression «périodes de lucidité» ne me plaît pas autant du fait qu’elle laisse entendre qu’il y a des périodes de pensée complètement normale. À mon avis, il est plus juste de dire que certains aspects de la pensée d’un individu peuvent être normaux ou presque normaux, même si l’individu est décidément psychotique; par exemple, un individu peut simultanément croire qu’il a des idées délirantes et réfléchir clairement à une question banale de la vie quotidienne. Cela ne revient donc pas à laisser entendre que la pensée de l’individu devient complètement normale. Bien que ce soit aussi possible, c’est moins probable.

Q . . . Je vous dis donc que, dans ce contexte, il se peut fort bien qu’il ait compris, pendant une période de lucidité, le 29 août 1995, que tuer son grand-père était mauvais, avant même de le faire, voire au moment où il l’a fait, mais qu’il assouvissait quelque autre haine qu’il éprouvait depuis longtemps pour son grand-père.

R À mon avis, c’est aller très loin. Je conviens certainement qu’il a pu, avant, pendant et après, se rendre

with the reality of the fact that that was a morally wrong thing to do, before, after and during, but it isn't consistent with him actually carrying out the behaviour, in my mind. I don't think anyone can ever tell with certainty exactly what his state of mind was at the very moment that he pulled the trigger, which is really what you're getting at. I really don't think that can be known.

Q . . . I think you're asking me to believe then that four hours later when he gave his statement he really might not have, he might have had the understanding at that point but he might not have at the time he shot his grandfather.

A Exactly right.

Q Isn't that asking me to take a big jump and a leap of logic?

A To enter into the realm of the thinking of a psychotic person is to take a big leap in logic.

Q All right. It involves a lot of guesswork and assumptions.

A It involves some guesswork and assumption; it also involves considerable experience in working with psychotic individuals and coming to an understanding of how their thought processes work, but yes, sometimes there is an element of guessing. [Emphasis added.]

21 I agree with Huband J.A. that the evidence, particularly the testimony of Dr. Yaren, does not reasonably support the conclusion that the appellant was lucid to the point of knowing that his acts were morally wrong at the time of the shooting. In my view, the totality of the psychiatric evidence did not give rise to the reasonable possibility that the appellant, who laboured under the effects of a severe mental disorder at the time he committed a homicide, and whose moral judgment was impaired as a result, would have had a momentary reprieve from the effects of his disorder, at the critical time, sufficient to provide him with the moral insight necessary to engage his criminal responsibility.

22 Apart from the psychiatric evidence, the statements made by the appellant to the police, and, prior to that, to the father of his friend, whom he

compte que cet acte était moralement répréhensible, mais cela ne laisse pas entendre, à mon avis, qu'il est effectivement passé aux actes. Je ne pense pas que quelqu'un puisse jamais dire avec certitude quel était exactement son état d'esprit à l'instant même où il a appuyé sur la gachette, ce à quoi vous voulez vraiment en venir. Je ne pense vraiment pas qu'on puisse le savoir.

Q . . . Je pense que vous me demandez de croire que, quatre heures plus tard lorsqu'il a fait sa déclaration, il se pourrait vraiment qu'il n'ait pas, qu'il ait alors compris, mais qu'il n'ait pas compris au moment où il a fait feu sur son grand-père.

R Exactement.

Q Ne me demandez-vous pas de faire un grand bond et de sauter une étape logique?

R Pour connaître la pensée d'une personne psychotique, il faut faire un grand bond et sauter une étape logique.

Q D'accord. Cela implique beaucoup d'hypothèses et de suppositions.

R Cela implique jusqu'à un certain point des hypothèses et des suppositions; il faut également une expérience considérable de travail auprès d'individus psychotiques et en être arrivé à comprendre comment ils réfléchissent, mais il est vrai qu'il y a parfois une part de devinettes. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge Huband que la preuve, notamment le témoignage du Dr Yaren, n'étaye pas raisonnablement la conclusion qu'au moment de la fusillade l'appellant était lucide au point de savoir que ses actes étaient moralement répréhensibles. J'estime que, d'après l'ensemble de la preuve psychiatrique, il n'y avait aucune possibilité raisonnable que l'appellant, qui, au moment de commettre un homicide, souffrait de troubles mentaux ayant pour effet d'affaiblir son jugement moral, ait cessé temporairement, au moment crucial, de ressentir les effets de sa maladie de manière à être assez lucide pour que sa responsabilité criminelle soit engagée.

Outre la preuve psychiatrique, les déclarations que l'appellant a faites à la police et, auparavant, au père de son amie, qu'il avait informé du meurtre et

informed of the killing and whom he asked to inform the police, are not inconsistent with the conclusions reached by the experts, nor is the appellant's conduct surrounding the commission of the offence.

VI. Conclusion and Disposition

In my respectful view, judicial experience with the effects of mental disorder on criminal responsibility, with the type of evidence that is available to demonstrate it, and with the unjustified skepticism that may be directed at an accused relying on the defence of mental disorder, should have given the Court of Appeal cause for concern that the verdict reached by the jury in the present case was unreasonable and not supported by the evidence. Careful and thorough scrutiny of the record confirms that concern was warranted. It is not necessarily easy for a jury to accept that, in lay person's terms, an accused who knows what he is doing and knows that it is a crime, could still genuinely believe that he would not be morally condemned by reasonable members of society for his conduct. In my view, the defence proved this to be the case and, on the evidence tendered at this trial, it was unreasonable to conclude otherwise.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and enter a verdict of not criminally responsible by reason of mental disorder in substitution for the verdict entered at trial. I would remit the matter to the trial court for a disposition hearing pursuant to s. 672.45 of the *Criminal Code*.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Walsh, Micay & Co., Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Manitoba Justice, Winnipeg.

à qui il avait demandé d'alerter la police, ne sont pas incompatibles avec les conclusions des experts, pas plus que ne l'est le comportement de l'appelant au moment où il a commis l'infraction.

VI. Conclusion et dispositif

En toute déférence, j'estime que, compte tenu de son expérience concernant les effets des troubles mentaux sur la responsabilité criminelle, du genre de preuve disponible pour en établir l'existence et du scepticisme injustifié dont on peut faire preuve à l'égard d'un accusé qui invoque des troubles mentaux comme moyen de défense, la Cour d'appel aurait dû craindre que le verdict prononcé, en l'espèce, par le jury ne soit déraisonnable et ne repose pas sur la preuve. Un examen minutieux et approfondi du dossier confirme qu'une telle crainte était justifiée. Il n'est pas nécessairement facile pour un jury d'accepter tout bonnement qu'un accusé qui sait ce qu'il fait et qui sait qu'il est en train de commettre un crime puisse néanmoins croire sincèrement que sa conduite ne suscitera pas la réprobation morale de membres raisonnables de la société. À mon avis, la défense a établi que c'est ce qui s'est produit et, compte tenu de la preuve soumise au procès, il était déraisonnable de conclure le contraire.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel et de substituer au verdict inscrit au procès un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux. Je suis d'avis de renvoyer l'affaire à la cour de première instance pour qu'elle tienne une audition visant à déterminer la décision à rendre conformément à l'art. 672.45 du *Code criminel*.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Walsh, Micay & Co., Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Justice Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General's Prosecutor, Montréal.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitors for the intervener the Innocence Project: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Trial Lawyers Association of Alberta: Beresh DePoe Cunningham, Edmonton.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le substitut du Procureur général, Montréal.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gold & Fuerst, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Innocence Project: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Trial Lawyers Association of Alberta: Beresh DePoe Cunningham, Edmonton.

A.G. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the Innocence Project and the Association in Defence of the Wrongly Convicted Interveners

INDEXED AS: R. v. A.G.

Neutral citation: 2000 SCC 17.

File No.: 26924.

1999: October 5, 6; 2000: April 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Appeals — Supreme Court — Question of law — Whether reasonableness of verdict involves question of law within meaning of ss. 691(1) and 693(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

Criminal law — Reasonableness of verdict — Standard of review — Standard of review applicable by reviewing court in examining reasonableness of verdict — Whether Yebes should be reaffirmed — Whether verdict was unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

The accused was charged with one count of sexual interference and one count of sexual assault. The complainant, his niece, was between 6 and 8 years old at the time of the incidents and 16 years old when she testified at the accused's trial. She said that on three separate

*Lamer C.J. took no part in the judgment.

A.G. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, la Criminal Lawyers' Association (Ontario), l'Innocence Project et l'Association in Defence of the Wrongly Convicted Intervenants

RÉPERTORIÉ: R. c. A.G.

Référence neutre: 2000 CSC 17.

N° du greffe: 26924.

1999: 5, 6 octobre; 2000: 13 avril.

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

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

Droit criminel — Appels — Cour suprême — Question de droit — Le caractère raisonnable d'un verdict soulève-t-il une question de droit au sens des art. 691(1) et 693(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

Droit criminel — Caractère raisonnable du verdict — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict — L'arrêt Yebes devrait-il être confirmé de nouveau? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(a)(i).

L'accusé a été inculpé de contacts sexuels et d'agression sexuelle. La plaignante, sa nièce, avait 6 ans lorsque les sévices ont commencé, et 8 ans lorsqu'ils ont cessé; elle était âgée de 16 ans lorsqu'elle a témoigné au procès de l'accusé. Elle a affirmé que l'accusé lui avait

*Le juge en chef Lamer n'a pas pris part au jugement.

occasions the accused touched and rubbed her vagina while she was fully clothed. The first two incidents occurred on a red couch in the basement of the accused's house, and the third occurred in the den in the complainant's house. The accused denied the charges. He testified that the red couch was not in the basement at any time during the period stated in the information because renovations were then taking place in the house. He also testified that he had not been alone with the complainant in the absence of another adult. His wife, however, testified that it was possible that he had been alone with the complainant and one or more of the other children. The trial judge convicted the accused of sexual assault and acquitted him of sexual interference. The majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal against conviction. The dissenting judge would have quashed the verdict as unreasonable.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and Arbour JJ.: The applicable legal principles and the proper test to apply in assessing the reasonableness of a verdict were set out in full in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15.

As set out in *Biniaris*, it is insufficient for the court of appeal to refer to a vague unease, or a lingering or lurking doubt based on its own review of the evidence. While a "lurking doubt" may be a powerful trigger for thorough appellate scrutiny of the evidence, it is not, without further articulation of the basis for such doubt, a proper basis upon which to interfere with the findings of a jury. The comments in *Biniaris* were made in the context of the review of the verdict of a jury, but they apply equally to the judgment and when, as in this case, the reasons reveal that he or she was alive to the recurrent problems in the relevant field of adjudication, the court of appeal brings no special insight to the assessment of the evidence. The fact that an appeal court judge would have had a doubt when the trial judge did not is insufficient to justify the conclusion that the trial judgment was unreasonable.

Here, the verdict was reasonable and supported by the evidence. The trial judge was entitled to believe the uncorroborated evidence of the complainant in this case as in any other case, and he did. If it were unreasonable for him to do so, it would be impossible to convict in the

touché et frotté le vagin à trois reprises, alors qu'elle était tout habillée. Les deux premiers épisodes se sont produits sur un divan rouge dans le sous-sol de la maison de l'accusé, et le troisième épisode est survenu dans le boudoir chez la plaignante. L'accusé a nié les accusations. Il a témoigné que le divan rouge n'avait jamais été dans le sous-sol pendant la période mentionnée dans la dénonciation parce que la maison subissait alors des renovations. Il a également affirmé qu'il ne s'était pas trouvé seul avec la plaignante en l'absence d'un autre adulte. Toutefois, son épouse a témoigné qu'il se pouvait qu'il se soit trouvé seul avec la plaignante ou avec un seul ou plusieurs des autres enfants. Le juge du procès a déclaré l'accusé coupable d'agression sexuelle et l'a acquitté relativement à l'accusation de contacts sexuels. La Cour d'appel à la majorité a rejeté l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité. Le juge dissident aurait annulé le verdict pour le motif qu'il était déraisonnable.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et Arbour: Les principes juridiques et le critère qu'il convient d'appliquer pour apprécier le caractère raisonnable d'un verdict ont été énoncés au complet dans *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15.

Tel qu'énoncé dans l'arrêt *Biniaris*, il ne suffit pas que la cour d'appel parle d'un vague malaise ou d'un doute persistant qui résulte de son propre examen de la preuve. Bien qu'un «doute persistant» puisse être un puissant élément déclencheur d'un examen approfondi de la preuve en appel, il ne constitue pas, sans autre explication des motifs de ce doute, une bonne raison de modifier les conclusions d'un jury. Les commentaires contenus dans l'arrêt *Biniaris* ont été faits dans le cadre de l'examen du verdict d'un jury, mais ils s'appliquent tout autant au jugement d'un juge du procès qui siège seul. La cour d'appel n'apporte rien de particulier à l'évaluation de la preuve lorsque le juge expose des motifs de jugement détaillés qui, comme en l'espèce, révèlent qu'il était conscient des problèmes fréquents qui surgissent dans le domaine décisionnel pertinent. Le fait qu'un juge d'une cour d'appel aurait eu un doute que le juge du procès n'a pas eu est insuffisant pour justifier la conclusion que le jugement de première instance était déraisonnable.

En l'espèce, le verdict est raisonnable et s'appuie sur la preuve. Le juge du procès était en droit de croire le témoignage non corroboré de la plaignante en l'espèce comme dans n'importe quelle autre cause, et il l'a cru. S'il avait été déraisonnable qu'il le fasse, il serait impos-

many similar cases where there is a long delay in the disclosure of the uncorroborated allegations of a complainant.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The majority's analysis and application of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* are agreed with. The justification for the law as it stands today is the need to affirm the principles of equality and human dignity in our criminal law by addressing the problem of myths and stereotypes about complainants in sexual assault cases.

Cases Cited

By Arbour J.

Followed: *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; **referred to:** *R. v. Molodowic*, [2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57; *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330; *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *R. v. V. (K.B.)* (1992), 13 C.R. (4th) 87, *aff'd* [1993] 2 S.C.R. 857.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 1], 271 [am. *idem*, s. 10; am. 1994, c. 44, s. 19], 686(1)(a)(i) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], 691 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 10; am. 1997, c. 18, s. 99], 693 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 146; c. 34 (3rd Supp.), s. 12], 742.1 [repl. 1997, c. 18, s. 107.1].

Authors Cited

Burt, Martha R. "Rape Myths and Acquaintance Rape". In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: Wiley, 1991, 26.

Holmstrom, Lynda L., and Ann W. Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New York: Wiley,

sible de prononcer des déclarations de culpabilité dans les nombreuses affaires similaires où les allégations non corroborées d'un plaignant sont divulguées très tardivement.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: L'analyse et l'application que la Cour à la majorité fait du sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel* sont acceptées. Ce qui sous-tend l'état actuel du droit est la nécessité d'affirmer les principes d'égalité et de dignité humaine dans notre droit criminel, en s'attaquant au problème des mythes et des stéréotypes dont font l'objet les plaignants en matière d'agression sexuelle.

Jurisprudence

Citée par le juge Arbour

Arrêts suivis: *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; **arrêts mentionnés:** *R. c. Molodowic*, [2000] 1 R.C.S. 420, 2000 CSC 16; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57; *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330; *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *R. c. V. (K.B.)* (1992), 13 C.R. (4th) 87, *conf. par* [1993] 2 R.C.S. 857.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1], 271 [mod. *idem*, art. 10; mod. 1994, ch. 44, art. 19], 686(1)(a)(i) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], 691 [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 10; mod. 1997, ch. 18, art. 99], 693 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 146; ch. 34 (3^e suppl.), art. 12], 742.1 [repl. 1997, ch. 18, art. 107.1].

Doctrine citée

Burt, Martha R. «Rape Myths and Acquaintance Rape». In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime*. New York: Wiley, 1991, 26.

Holmstrom, Lynda L., and Ann W. Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New York: Wiley,

1978. Reprint, New Brunswick, USA: Transaction Books, 1983.

McGillivray, Anne. "R. v. *Bauder*: Seductive Children, Safe Rapists, and Other Justice Tales" (1998), 25 *Man. L.J.* 359.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 130 C.C.C. (3d) 30, 114 O.A.C. 336, 21 C.R. (5th) 149, [1998] O.J. No. 4031 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction of sexual assault. Appeal dismissed.

James Lockyer and *David M. Tanovich*, for the appellant.

C. Jane Arnup and *Randolv Schwartz*, for the respondent.

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

Written submissions only by *Sheilla Leinburd*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

William F. Ehrcke, Q.C., and *Kate Ker*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Written submissions only by *Jack Watson, Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Frank R. Addario, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marlys A. Edwardh, for the intervener the Innocence Project.

Melvyn Green, for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted.

The reasons of *L'Heureux-Dubé*, *Gonthier* and *McLachlin JJ.* were delivered by

1978. Reprint, New Brunswick, USA: Transaction Books, 1983.

McGillivray, Anne. «R. v. *Bauder*: Seductive Children, Safe Rapists, and Other Justice Tales» (1998), 25 *R.D. Man.* 359.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 130 C.C.C. (3d) 30, 114 O.A.C. 336, 21 C.R. (5th) 149, [1998] O.J. No. 4031 (QL), qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté.

James Lockyer et *David M. Tanovich*, pour l'appellant.

C. Jane Arnup et *Randolv Schwartz*, pour l'intimée.

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

Argumentation écrite seulement par *Sheilla Leinburd*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

William F. Ehrcke, c.r., et *Kate Ker*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Frank R. Addario, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Marlys A. Edwardh, pour l'intervenant l'Innocence Project.

Melvyn Green, pour l'intervenante l'Association in Defence of the Wrongly Convicted.

Version française des motifs des juges *L'Heureux-Dubé*, *Gonthier* et *McLachlin* rendus par

¹ L'HEUREUX-DUBÉ J. — I concur with Arbour J.'s analysis and application of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985,

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Je souscris tant à l'analyse qu'à l'application que fait madame le juge Arbour du sous-al. 686(1)a(i) du *Code*

c. C-46, in dismissing this appeal, thereby upholding the trial judge's verdict as affirmed by the majority in the Court of Appeal ((1998), 130 C.C.C. (3d) 30). Regarding the comments made in dissent in the Court of Appeal, reproduced at paras. 23, 24 and 28 of Arbour J.'s reasons, I think it is important to add that the justification for the law as it stands today is the need to affirm the principles of equality and human dignity in our criminal law by addressing the problem of myths and stereotypes about complainants in sexual assault cases.

This Court has repeatedly held that myths and stereotypes have no place in a rational and just system of law, as they jeopardize the courts' truth-finding function. (See *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at pp. 604 and 630, *per* McLachlin J., and at p. 651, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting in part; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 670, *per* Cory J.; *R. v. Esau*, [1997] 2 S.C.R. 777, at para. 82, *per* McLachlin J.; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 29, *per* L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.; *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at paras. 91-99, *per* L'Heureux-Dubé J.; *R. v. W. (G.)*, [1999] 3 S.C.R. 597, at para. 29, *per* L'Heureux-Dubé J.)

Our Court has rejected the notion that complainants in sexual assault cases have a higher tendency than other complainants to fabricate stories based on "ulterior motives" and are therefore less worthy of belief. Neither the law, nor judicial experience, nor social science research supports this generalization. (See *Seaboyer*, *supra*, at pp. 652 and 690, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting in part; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 134; *R. v. François*, [1994] 2 S.C.R. 827; *W. (G.)*, *supra*; A. McGillivray, "R. v. Bauder: Seductive Children, Safe Rapists, and Other Justice Tales" (1998), 25 *Man. L.J.* 359, at p. 381; M. Burt, "Rape Myths and Acquaintance Rape", in A. Parrot and L. Bechhofer, eds., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991), 26, at p. 28; L. Holmstrom and A. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), at pp. 174-79.)

criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, en rejetant le présent pourvoi et en confirmant le verdict du juge du procès, à l'instar des juges majoritaires de la Cour d'appel ((1998), 130 C.C.C. (3d) 30). En ce qui concerne les commentaires formulés en dissidence en Cour d'appel, reproduits aux par. 23, 24 et 28 des motifs de madame le juge Arbour, je crois qu'il est important d'ajouter que ce qui soutend l'état actuel du droit est la nécessité d'affirmer les principes d'égalité et de dignité humaine dans notre droit criminel, en s'attaquant au problème des mythes et des stéréotypes dont font l'objet les plaignants en matière d'agression sexuelle.

Notre Cour a statué à maintes reprises que les mythes et les stéréotypes n'ont pas leur place dans un système juridique rationnel et juste, du fait qu'ils compromettent la fonction judiciaire de recherche de la vérité. (Voir *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, aux pp. 604 et 630, le juge McLachlin, et à la p. 651, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 670, le juge Cory; *R. c. Esau*, [1997] 2 R.C.S. 777, au par. 82, le juge McLachlin; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au par. 29, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin; *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, aux par. 91 à 99, le juge L'Heureux-Dubé; *R. c. W. (G.)*, [1999] 3 R.C.S. 597, au par. 29, le juge L'Heureux-Dubé.)

Notre Cour a rejeté l'idée que les plaignants en matière d'agression sexuelle ont plus tendance que les autres plaignants à inventer des histoires fondées sur des «motifs inavoués» et sont donc moins dignes de foi. Ni le droit, ni l'expérience des tribunaux, ni la recherche en sciences sociales n'étaient cette généralisation. (Voir *Seaboyer*, précité, aux pp. 652 et 690, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 134; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827; *W. (G.)*, précité; A. McGillivray, «R. v. Bauder: Seductive Children, Safe Rapists, and Other Justice Tales» (1998), 25 *R.D. Man.* 359, à la p. 381; M. Burt, «Rape Myths and Acquaintance Rape», dans A. Parrot et L. Bechhofer, dir., *Acquaintance Rape: The Hidden Crime* (1991), 26, à la p. 28; L. Holmstrom et A. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), aux pp. 174 à 179.)

2

3

4 Similarly, it is not the law that violations of sexual integrity of the type at issue in this case may be properly characterized as “horseplay”. (See s. 271 of the *Criminal Code* as it has been interpreted, for example, in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, at p. 302; and *R. v. V. (K.B.)* (1992), 13 C.R. (4th) 87 (Ont. C.A.), aff’d [1993] 2 S.C.R. 857.)

5 On the basis of *Arbour J.*’s analysis, and in light of the above considerations, I therefore agree that nothing in the dissenting reasons in the Court of Appeal demonstrated an appreciation of the facts that would make the trial judge’s conclusions unreasonable.

The judgment of Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie and *Arbour JJ.* was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

6 This appeal was heard together with *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, and *R. v. Molodowic*, [2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16. In this trilogy, the Court was asked to reconsider its decision in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, and, in particular, to decide two issues of general application. First, whether the reasonableness of a verdict involves a question of law, within the meaning of ss. 691 and 693 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, so as to permit a further appeal to this Court from a decision by a provincial appellate court, and, second, what standard of review must be applied by the reviewing court in examining the reasonableness of a verdict. I concluded in *Biniaris* that *Yebes* should be reaffirmed. A dissent on the issue of whether the verdict was reasonable is a dissent on a question of law, whether the dissent is based on the articulation of the applicable test or on its actual application to the particular circumstances of the case. The proper test is “whether the verdict is one that a properly instructed jury acting judicially, could reasonably have rendered” (*Yebes, supra*, at p. 185). In embarking on the exercise mandated by s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, the reviewing

Dans le même ordre d’idées, le droit ne permet pas de qualifier de «jeux anodins» les atteintes à l’intégrité sexuelle du genre de celle qui est ici en cause. (Voir l’art. 271 du *Code criminel*, tel qu’il a été interprété notamment dans *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, à la p. 302, et *R. c. V. (K.B.)* (1992), 13 C.R. (4th) 87 (C.A. Ont.), conf. par [1993] 2 R.C.S. 857.)

Compte tenu de l’analyse de madame le juge *Arbour* et à la lumière des considérations qui précèdent, je suis d’accord que rien dans les motifs dissidents de la Cour d’appel ne démontre l’existence d’une appréciation des faits qui rendrait les conclusions du juge du procès déraisonnables.

Version française du jugement des juges Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie et *Arbour* rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, et *R. c. Molodowic*, [2000] 1 R.C.S. 420, 2000 CSC 16. Dans cette trilogie, la Cour était invitée à revenir sur son arrêt *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, et, en particulier, à trancher deux questions d’application générale. Il s’agissait, premièrement, de savoir si le caractère raisonnable d’un verdict soulève une question de droit au sens des art. 691 et 693 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, de manière à autoriser un pourvoi devant notre Cour contre une décision d’une cour d’appel provinciale, et deuxièmement, de savoir quelle norme de contrôle doit être appliquée par le tribunal qui procède à l’examen du caractère raisonnable d’un verdict. J’ai conclu dans l’arrêt *Biniaris* que l’arrêt *Yebes* devait être confirmé de nouveau. Une dissidence sur la question de savoir si le verdict était raisonnable est une dissidence sur une question de droit, peu importe qu’elle repose sur la formulation du critère applicable ou sur l’application de ce critère aux circonstances particulières de l’affaire. Le critère qui doit être appliqué est celui de savoir «si le verdict est l’un de ceux qu’un jury qui a reçu les directives

court must engage in a thorough re-examination of the evidence and bring to bear the weight of its judicial experience to decide whether, on all the evidence, the verdict was a reasonable one. Inevitably the verdict will be one that was open to the jury, in the sense that it was not an error of law for the trial judge to leave it to the jury for consideration. Moreover, it is not sufficient for the reviewing judge to simply take a different view of the evidence than the jury did. The appeal court, if it is to overturn the verdict, must articulate the basis upon which it concludes that the verdict is inconsistent with the requirements of a judicial appreciation of the evidence. This is what must now be done in this case.

II. Factual Background

The appellant was convicted of having sexually assaulted his young niece, who was then between six and eight years old, between December 1986 and March 1988. The complainant did not disclose the incidents which led to the charges until 1993 or 1994, when she confided in a school friend named Nancy. However, it was not until 1995 that she told her mother, who then revealed the matter to the authorities.

The complainant was 16 years old when she testified. She said that on three separate occasions in the period of time alleged, the appellant touched and rubbed her vagina on the outside of her clothing while she was seated. She testified that all three incidents occurred during family visits. The first two incidents occurred on a red couch in the basement of the appellant's house. On the second occasion, she said that the appellant asked her whether the rubbing "felt good". According to her evidence, the third incident occurred in the den in the complainant's home.

appropriées et qui agit d'une manière judiciaire aurait pu raisonnablement rendre» (*Yebes*, précité, à la p. 185). En se livrant à l'exercice prescrit par le sous-al. 686(1)a)(i) du *Code criminel*, le tribunal d'examen doit réexaminer la preuve en profondeur et mettre à profit toute son expérience pour déterminer si, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le verdict était raisonnable. Le verdict sera inévitablement un verdict que le jury pouvait rendre, en ce sens que le juge du procès n'a commis aucune erreur de droit en le laissant à l'appréciation du jury. En outre, il ne suffit pas que le juge qui procède à l'examen ait simplement une perception de la preuve différente de celle du jury. La cour d'appel doit, pour écarter le verdict, expliquer ce qui l'incite à conclure qu'il n'est pas conforme aux exigences d'une appréciation judiciaire de la preuve. C'est ce qui doit être fait dans la présente affaire.

II. Les faits

L'appelant a été déclaré coupable d'avoir agressé sexuellement sa jeune nièce entre décembre 1986 et mars 1988; l'enfant avait six ans lorsque les sévices ont commencé, et huit ans lorsqu'ils ont cessé. La plaignante n'a divulgué les faits à l'origine des accusations qu'en 1993 ou 1994, lorsqu'elle s'est confiée à une copine d'école nommée Nancy. Toutefois, ce n'est qu'en 1995 qu'elle en a parlé à sa mère, qui a alors porté l'affaire à la connaissance des autorités.

La plaignante avait 16 ans lorsqu'elle a témoigné. Elle a affirmé que, pendant la période alléguée, l'appelant lui avait touché et frotté le vagin à trois reprises, en lui passant la main sur ses vêtements alors qu'elle était assise. Elle a témoigné que ces trois épisodes étaient survenus durant des visites familiales. Les deux premiers s'étaient produits sur un divan rouge dans le sous-sol de la maison de l'appelant. La deuxième fois, a-t-elle affirmé, l'appelant lui avait demandé si elle [TRADUCTION] «aim[ait] ça» se faire froter. D'après le témoignage de la plaignante, le troisième épisode est survenu dans le boudoir chez elle.

- 9 The complainant was asked to explain the circumstances which led to the late disclosure of these assaults. She explained that she had not told anyone about the appellant's actions prior to telling her friend Nancy because she felt confused and did not understand what had happened to her. On cross-examination, she further explained that she and Nancy had shared their experiences, the other girl having told the complainant about being raped by a cousin's husband.
- On a demandé à la plaignante d'expliquer pourquoi elle avait tardé à signaler ces agressions. Elle a répondu que, si elle avait attendu de se confier à sa copine Nancy pour raconter ce que l'appelant lui avait fait, c'est parce qu'elle se sentait embarrassée et ne comprenait pas ce qui lui était arrivé. Lors de son contre-interrogatoire, elle a également expliqué que Nancy et elle avaient parlé de leurs expériences respectives et que l'autre jeune fille lui avait dit qu'elle avait été violée par le mari d'une cousine.
- 10 In July of 1995, in the course of a conversation, the complainant's mother told her that the appellant did not approve of her friend Nancy and thought that she was a "bad influence" on her. Her mother also told her that there were rumours about the appellant having acted improperly toward other girls. She instructed her not to let the appellant into their home if she or the complainant's father were not present. The complainant testified that she was prompted to disclose the alleged assaults to her mother by her fear and concern that her failure to do so earlier had exposed other girls to harm.
- En juillet 1995, au fil d'une conversation avec sa mère, la plaignante a appris que l'appelant avait une mauvaise opinion de sa copine Nancy et qu'il croyait qu'elle avait une [TRADUCTION] «mauvaise influence» sur elle. Sa mère l'a également informée de l'existence de rumeurs voulant que l'appelant ait eu un comportement indécent avec d'autres jeunes filles. Elle lui a défendu de laisser entrer l'appelant dans la maison lorsqu'elle ou le père de la plaignante seraient absents. La plaignante a témoigné qu'elle avait informé sa mère des agressions reprochées parce qu'elle craignait que son omission de le faire plus tôt n'ait mis en péril d'autres jeunes filles.
- 11 The complainant was taken by her mother to see their family doctor who recommended that the complainant see a psychiatrist and contacted the Children's Aid Society. The Children's Aid Society in turn referred the matter to the police.
- Le médecin de famille, chez qui la plaignante avait été conduite par sa mère, a recommandé qu'elle consulte un psychiatre et a communiqué avec la Société d'aide à l'enfance qui, à son tour, a renvoyé l'affaire à la police.
- III. Proceedings and Judgments Below
- III. Les procédures et les jugements des tribunaux d'instance inférieure
- A. *Ontario Court (Provincial Division)*, [1996] O.J. No. 4981 (QL)
- A. *Cour de l'Ontario (Division provinciale)*, [1996] O.J. No. 4981 (QL)
- 12 The appellant was arrested and charged with one count of sexual interference and one count of sexual assault contrary, respectively, to ss. 151 and 271 of the *Criminal Code*. He was tried before Flaherty Prov. J.
- L'appelant a été arrêté et accusé de contacts sexuels et d'agression sexuelle, en application des art. 151 et 271 du *Code criminel*, respectivement. Il a subi son procès devant le juge Flaherty.
- 13 The complainant and her mother gave evidence for the Crown, as summarized above. The appellant denied the charges. He testified that the red couch had not been in his basement at any time
- Appelées à la barre par le ministère public, la plaignante et sa mère ont témoigné, tel que résumé plus haut. L'appelant a nié les accusations. Il a témoigné que le divan rouge n'avait jamais été

during the period stated in the information because renovations were then taking place in the house. Further, he said that he had never been in a room in his house or in the complainant's house with her, in the absence of another adult. His wife, on the other hand, admitted in cross-examination that it was possible that there were occasions when her husband might have been alone with the complainant and one or more of the other children.

Defence counsel suggested, pointing to the circumstances in which the complainant disclosed the allegations to her mother, that the complainant had a motive to lie and fabricate her evidence. Specifically, defence counsel argued that the complainant wanted revenge against the appellant for his comments to her mother about her friend Nancy.

The trial judge convicted the appellant of sexual assault, and acquitted him of sexual interference because the conviction on the former count "preclude[d] a finding of guilt for sexual interference based on the same conduct" (para. 29). The appellant was sentenced to five months' imprisonment and three years' probation.

Flaherty Prov. J. was alive to the problems which arise in so-called oath-against-oath trials. He also acknowledged the problems faced by a defendant who is confronted with allegations of sexual impropriety relating to his alleged conduct seven or eight years prior to the trial. He noted that it was not incumbent upon the appellant to establish either that the complainant's evidence had been or could be fabricated. Bearing all this in mind, the trial judge embarked on a detailed review of the evidence, and addressed the various submissions of the defence pointing to the reasons why the complainant should not be believed. In the end, the trial judge was satisfied beyond a reasonable doubt that the appellant had sexually assaulted the complainant.

dans son sous-sol pendant la période mentionnée dans la dénonciation parce que la maison subissait alors des rénovations. En outre, il a affirmé qu'il ne s'était jamais trouvé en compagnie de la plaignante dans une chambre, chez lui ou chez elle, en l'absence d'un autre adulte. Par contre, son épouse a admis en contre-interrogatoire qu'il se pouvait que son mari se soit parfois trouvé seul avec la plaignante ou avec un seul ou plusieurs des autres enfants.

Soulignant les circonstances dans lesquelles elle avait fait part des allégations à sa mère, l'avocat de la défense a indiqué que la plaignante avait un motif de mentir et de fabriquer une preuve. Il a prétendu, en particulier, que la plaignante voulait se venger de l'appelant en raison des commentaires qu'il avait fait à sa mère au sujet de sa copine Nancy.

Le juge du procès a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle et l'a acquitté relativement à l'accusation de contacts sexuels parce que la déclaration de culpabilité concernant l'autre chef [TRANSDUCTION] «empêch[ai]t de rendre un verdict de culpabilité de contacts sexuels fondé sur la même conduite» (par. 29). L'appelant a été condamné à cinq mois d'emprisonnement et à trois années de probation.

Le juge Flaherty était conscient des problèmes qui surviennent dans les types de procès où seuls s'opposent le témoignage de l'accusé et celui de la victime. Il a également reconnu les problèmes auxquels est confronté le défendeur qui fait face à des allégations d'inconvenance sexuelle relativement à une conduite qu'il aurait adoptée sept ou huit ans avant le procès. Il a noté qu'il n'incombait pas à l'appelant d'établir que la preuve de la plaignante avait été fabriquée ou pouvait l'avoir été. Gardant tout cela à l'esprit, le juge du procès a entrepris un examen détaillé de la preuve et a abordé les divers arguments de la défense indiquant les motifs pour lesquels la plaignante ne devait pas être crue. En définitive, le juge du procès était convaincu hors de tout doute raisonnable que l'appelant avait agressé sexuellement la plaignante.

14

15

16

17 The trial judge rejected any suggestion of improper motive or fabrication. He noted, for example, that the complainant's delay in disclosing the alleged assaults could be explained by the combination of her young age and the authoritative position that the appellant occupied in her life. Further, he found the complainant to be a credible witness and accepted her testimony that she had not reacted strongly or in a highly emotional manner to the appellant's suggestion that her friend Nancy was a "bad influence".

18 The trial judge did not believe that the contradictory testimony in relation to the red couch was significant because it "relate[d] to the where of the offence as recounted by a six or seven-year-old as opposed to the what and the who, the who did-it and what-was-done to her by him" (para. 26). He stated that he was considering the evidence in relation to the red couch in accordance with the "common sense approach" to children's evidence prescribed by this Court in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 57.

19 Finally, Flaherty Prov. J. rejected the appellant's claim that he had never been with the complainant in the absence of another adult as "unlikely" (para. 27). He found that the dynamics of the family visits presented sufficient opportunity for the commission of the alleged assaults.

B. Court of Appeal for Ontario (1998), 130 C.C.C. (3d) 30

(i) Labrosse J.A. (Borins J.A. concurring)

20 Labrosse J.A. dismissed the appeal against conviction but set aside the sentence imposed by Flaherty Prov. J. and substituted a conditional sentence of five months pursuant to s. 742.1 of the *Criminal Code*.

21 Labrosse J.A. agreed with defence counsel's concession that, applying the test articulated by

Le juge du procès a rejeté toute idée de motif répréhensible ou de fabrication. Par exemple, il a fait observer que le retard mis par la plaignante à signaler les prétendues agressions pouvait s'expliquer à la fois par son jeune âge et par la situation d'autorité de l'appelant dans sa vie. En outre, il a conclu que la plaignante était un témoin crédible et a accepté son témoignage selon lequel elle n'avait pas réagi fortement ou d'une façon très émotive à l'insinuation de l'appelant que sa copine Nancy avait une «mauvaise influence» sur elle.

Le juge du procès n'a pas cru à l'importance du témoignage contradictoire relativement au divan rouge parce qu'il [TRADUCTION] «concern[ait] l'endroit où l'infraction a[vait] été commise, d'après une enfant de six ou sept ans, par opposition à l'identité de l'auteur et à la nature de l'infraction dont elle a[vait] été victime, c'est-à-dire à la question de savoir qui a[vait] fait quoi» (par. 26). Il a affirmé qu'il examinait la preuve relative au divan rouge conformément à la «position fondée sur le bon sens» que notre Cour a prescrite relativement au témoignage d'enfants, dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 57.

Enfin, le juge Flaherty a rejeté la prétention de l'appelant qu'il ne s'était jamais trouvé en présence de la plaignante en l'absence d'un autre adulte, pour le motif qu'elle était [TRADUCTION] «invraisemblable» (par. 27). Il a conclu que la dynamique des visites familiales donnait suffisamment l'occasion de commettre les prétendues agressions.

B. Cour d'appel de l'Ontario (1998), 130 C.C.C. (3d) 30

(i) Le juge Labrosse (avec l'appui du juge Borins)

Le juge Labrosse a rejeté l'appel contre la déclaration de culpabilité, mais a annulé la peine imposée par le juge Flaherty et l'a remplacée par un emprisonnement de cinq mois avec sursis, conformément à l'art. 742.1 du *Code criminel*.

Le juge Labrosse s'est dit d'accord avec l'avocat de la défense pour reconnaître que, si on appli-

this Court in *Corbett v. The Queen*, [1975] 2 S.C.R. 275, and clarified in *Yebe*, *supra*, the verdict was reasonable. Approaching the evidence before him with deference to the trial judge's findings of credibility, he was of the opinion that there was no manifest reason to doubt the reliability of the complainant's testimony. The complainant had not made allegations of a bizarre nature and it had not been shown that her testimony lacked internal consistency. Further, Labrosse J.A. placed little significance on the contradictory testimony regarding the location of the red couch. In so doing, he stated that he was relying on the comments of this Court in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, concerning the significance which is properly attributed to inconsistencies in relation to peripheral matters, such as time and location, when assessing the reasonableness of a verdict founded on the testimony of children.

In concluding his analysis of the reasonableness of the verdict, Labrosse J.A. noted his disagreement with Finlayson J.A.'s reasons for holding that the verdict was unreasonable and rejected the position that recent amendments to s. 271 of the *Criminal Code*, which permit the Crown to prosecute sexual assault offences by way of summary conviction, and/or the other factors identified by Finlayson J.A. justify an expanded standard of appellate review.

(ii) Finlayson J.A., dissenting

While suggesting that he was not attempting to expand the definition of "unreasonable" within the meaning of s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, Finlayson J.A. stated that he was "entitled to take a subjective view of the evidence and ask myself if I am satisfied that the verdict is safe" (p. 41). He stated that he was not satisfied. There were three bases for this conclusion.

First, Finlayson J.A. identified aspects of the evidence which he believed should have caused

quait le critère que notre Cour a énoncé dans l'arrêt *Corbett c. La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 275, et qu'elle a clarifié dans l'arrêt *Yebe*, précité, le verdict était raisonnable. Abordant la preuve dont il était saisi en faisant montre de retenue à l'égard des conclusions du juge du procès quant à la crédibilité, il s'est dit d'avis qu'il n'y avait manifestement aucune raison de douter de la fiabilité du témoignage de la plaignante. La plaignante n'avait pas fait d'allégations étranges et il n'avait pas été démontré que son témoignage manquait de cohérence. De plus, le juge Labrosse a accordé peu d'importance au témoignage contradictoire concernant l'emplacement du divan rouge. Ce faisant, il a affirmé qu'il se fondait sur les commentaires de notre Cour dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, en ce qui concerne l'importance qu'il convient d'accorder aux incohérences relatives à des questions secondaires, comme le moment ou le lieu, dans l'évaluation du caractère raisonnable d'un verdict fondé sur le témoignage d'enfants.

En terminant son analyse du caractère raisonnable du verdict, le juge Labrosse a souligné son désaccord avec les raisons pour lesquelles le juge Finlayson a conclu que le verdict était déraisonnable, et il a rejeté le point de vue selon lequel l'application d'une norme élargie de contrôle en appel est justifiée par les modifications récentes de l'art. 271 du *Code criminel*, qui permettent au ministère public d'intenter par voie sommaire des poursuites relatives à une infraction d'agression sexuelle, ou par les autres facteurs relevés par le juge Finlayson.

(ii) Le juge Finlayson, dissident

Tout en indiquant qu'il n'essayait pas d'élargir la définition du terme «déraisonnable» utilisé au sous-al. 686(1)(a)(i) du *Code criminel*, le juge Finlayson a affirmé qu'il avait [TRADUCTION] «le droit d'avoir une perception subjective de la preuve et de [se] demander [s'il était] convaincu du caractère inattaquable du verdict» (p. 41). Il a dit qu'il n'en était pas convaincu. Trois motifs justifiaient cette conclusion.

Premièrement, le juge Finlayson a relevé des aspects de la preuve qui, croyait-il, auraient dû

22

23

24

the trial judge to approach the complainant's evidence with skepticism. He wrote (at pp. 41-42):

There is not the remotest of supporting evidence that any sexual acts took place. Indeed the only objective evidence, that of the location of the red couch, contradicts the complainant. The sexual acts are highly ambiguous coming as they do from an uncle and "godfather" to the young girl. Any form of "horseplay" could explain them. Giving the most generous interpretation to the acts as described by the complainant, they are hardly consistent with intent to commit a sexual assault. Even the trial judge noted that at the time of their occurrence, the complainant did not know what the touchings meant. The evidence is very much open to the construction that the [accused] could have had some incidental contact with the girl that was entirely innocent.

There is no pattern of abuse here. The [accused] must have had more than three opportunities to abuse the girl if he was of a mind to. No explanation is offered for the fact that the assaults simply ceased.

25

Secondly, relying on a decade's worth of experience with sexual abuse cases, he expressed concern that the case before him "fit a pattern of allegations of sexual abuse that are initiated by ulterior motives" (p. 42). He labeled cases fitting this pattern "historical sexual abuse cases", noting that they commonly involve allegations that are staledated and of a vague and unsubstantiated nature with the result that "it is impossible for the person accused to give a detailed rebuttal to them without arousing suspicion as to why his memory is so precise" (p. 42). Finlayson J.A. noted (at p. 42):

On the darker side, the evidence is not inconsistent with the [accused's] contention that the complainant had a motive to fabricate, given the [accused's] concerns regarding her friendship with Nancy.

Further, he was of the opinion that an ulterior motive for the allegations made against the appellant could also be traced to the complainant's mother's dislike for the appellant. According to

amener le juge du procès à aborder le témoignage de la plaignante avec scepticisme. Il a écrit (aux pp. 41 et 42):

[TRADUCTION] Il n'y a pas la moindre preuve que des actes sexuels ont été accomplis. En réalité, la seule preuve objective, soit celle de l'emplacement du divan rouge, contredit le témoignage de la plaignante. La grande ambiguïté des actes sexuels découle du fait qu'ils ont été accomplis par une personne qui était l'oncle et le «parrain» de la jeune fille. Toute forme de «jeu anodin» pourrait expliquer ces actes. Même interprétés de la façon la plus large possible, les actes décrits par la plaignante laissent difficilement croire à une intention de commettre une agression sexuelle. Même le juge du procès a noté qu'au moment où les attouchements ont été faits, la plaignante ne savait pas ce qu'ils signifiaient. La preuve justifie amplement l'interprétation selon laquelle l'[accusé] pourrait avoir eu avoir des contacts accidentels tout à fait innocents avec la jeune fille.

Il n'y a pas d'abus systématique en l'espèce. L'[accusé] aurait sûrement eu plus que trois occasions d'abuser de la jeune fille s'il avait eu l'intention de le faire. Aucune explication n'est donnée du fait que les agressions ont simplement cessé.

Deuxièmement, fort d'une expérience de dix ans dans des affaires d'abus sexuels, il a dit craindre qu'il ne soit question en l'espèce d'un [TRADUCTION] «type d'allégations d'abus sexuels fondées sur des motifs inavoués» (p. 42). Il a qualifié ces affaires d'«affaires historiques en matière d'abus sexuel», soulignant qu'elles comportent généralement des allégations dépassées, vagues et non fondées, de sorte qu'«il est impossible pour l'accusé de présenter une contre-preuve détaillée sans éveiller des soupçons quant à la raison pour laquelle sa mémoire est si fidèle» (p. 42). Le juge Finlayson a noté (à la p. 42):

[TRADUCTION] Au pire, la preuve n'est pas incompatible avec la prétention de l'[accusé] que la plaignante avait un motif d'inventer une histoire, étant donné les préoccupations qu'il avait au sujet de son amitié avec Nancy.

En outre, il était d'avis que les allégations contre l'appelant reposaient sur un motif inavoué qui pouvait être attribué à l'aversion que la mère de la plaignante éprouvait pour l'appelant. Selon le juge

Finlayson J.A., it was the complainant's mother who was responsible for "orchestrat[ing] the prosecution" (p. 41).

Finally, Finlayson J.A. expressed concern that the erosion and abolition of many traditional protections accorded to the accused in sexual assault cases threaten to render the concept of reasonable doubt a "hollow invocation, rather than the shield against injustice" (p. 43). For example, he pointed to the unavailability of a preliminary inquiry where the Crown elects to proceed by way of summary conviction under s. 271(1)(b) of the *Code* and Crown counsels' failure, in an era of "zero tolerance", to exercise prosecutorial discretion in "weak cases". According to Finlayson J.A., it is incumbent upon the trial judge to act as the criminal courts' new gatekeeper, safeguarding the principle of reasonable doubt. It was his opinion that Flaherty Prov. J. had failed to do so. At p. 43 he wrote:

The trial judge was prepared to convict the [accused] on the flimsiest of evidence. This complaint should not have gone to trial, much less have led to a conviction. I do not require any expanded version of "unreasonable" to justify interference with this verdict. Where the trial judge convicts on evidence such as this record displays, the Court of Appeal has more than the right, it has the duty to interfere and, in the interests of justice, quash the verdict as unreasonable.

IV. Analysis and Application to this Appeal

The principles governing the disposition of this appeal are set out in the reasons given in *Biniaris*, *supra*, and need not be repeated here. Further, given my agreement with the reasons of Labrosse J.A. for concluding that the verdict is reasonable and supported by the evidence, I do not believe that it is necessary to repeat his review of the applicable legal principles or his examination of the evidence that was before Flaherty Prov. J. However, the dissenting reasons of Finlayson J.A. need to be addressed, particularly with respect to

Finlayson, c'est la mère de la plaignante qui avait [TRADUCTION] «orchestré la poursuite» (p. 41).

Enfin, le juge Finlayson a dit craindre que l'érosion et l'abolition de nombreuses protections traditionnelles accordées à l'accusé dans des affaires d'agression sexuelle fassent du concept du doute raisonnable une [TRADUCTION] «invocation vide de sens, plutôt qu'un bouclier contre l'injustice» (p. 43). Par exemple, il a souligné l'impossibilité de tenir une enquête préliminaire quand le ministère public choisit de procéder par voie sommaire en vertu de l'al. 271(1)b) du *Code*, et le fait qu'à une époque de [TRADUCTION] «tolérance zéro» les avocats du ministère public omettent d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de ne pas poursuivre dans des «dossiers peu solides». Selon le juge Finlayson, il incombe au juge du procès de faire fonction de nouveau gardien des cours criminelles en préservant le principe du doute raisonnable. À son avis, le juge Flaherty ne l'avait pas fait. À la page 43, il a écrit:

[TRADUCTION] Le juge du procès était disposé à se fonder sur les éléments de preuve les plus faibles pour déclarer l'[accusé] coupable. La présente plainte n'aurait pas dû être instruite, et encore moins mener à une déclaration de culpabilité. Je n'ai pas besoin d'une extension du sens du terme «déraisonnable» pour modifier le présent verdict. Quand le juge du procès prononce une déclaration de culpabilité fondée sur une preuve comme celle qui existe dans le présent dossier, la Cour d'appel a non seulement le droit mais encore le devoir d'intervenir et, dans l'intérêt de la justice, d'annuler le verdict pour le motif qu'il est déraisonnable.

IV. Analyse et application au présent pourvoi

Les principes applicables pour statuer sur le présent pourvoi sont énoncés dans les motifs de l'arrêt *Biniaris*, précité, et il n'est pas nécessaire de les reprendre en l'espèce. En outre, comme je souscris aux raisons pour lesquelles le juge Labrosse a conclu que le verdict est raisonnable et qu'il s'appuie sur la preuve, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de répéter son examen des principes juridiques applicables ni celui qu'il a fait de la preuve dont était saisi le juge Flaherty. Il est toutefois nécessaire d'aborder les motifs dissidents du juge

the role and limits of judicial experience in the exercise of appellate review under s. 686(1)(a)(i).

28

In his submissions before us, counsel for the appellant conceded that if the test applied by the majority of the Court of Appeal to determine the reasonableness of the conviction was the correct one, he could not succeed. The appellant urged us to effect an “incremental” change in the law by endorsing a “broader” standard of appellate review, and enabling appellate courts to overturn conviction when they are left with a lurking doubt as to guilt. I can only repeat here what I said in *Biniaris* on that issue, at para. 38:

It is insufficient for the court of appeal to refer to a vague unease, or a lingering or lurking doubt based on its own review of the evidence. This “lurking doubt” may be a powerful trigger for thorough appellate scrutiny of the evidence, but it is not, without further articulation of the basis for such doubt, a proper basis upon which to interfere with the findings of a jury. In other words, if, after reviewing the evidence at the end of an error-free trial which led to a conviction, the appeal court judge is left with a lurking doubt or feeling of unease, that doubt, which is not in itself sufficient to justify interfering with the conviction, may be a useful signal that the verdict was indeed reached in a non-judicial manner. In that case, the court of appeal must proceed further with its analysis.

29

These comments were made in the context of the review of the verdict of a jury, but they apply equally to the judgment of a trial judge sitting alone. However, where a judge gives detailed reasons for judgment and when, as in this case, the reasons reveal that he or she was alive to the recurrent problems in this field of adjudication, the court of appeal brings no special insight to the assessment of the evidence. As this Court’s s. 686(1)(a)(i) jurisprudence makes very clear, the fact that an appeal court judge would have had a doubt when the trial judge did not is insufficient to justify the conclusion that the trial judgment was unreasonable. See, e.g., *Corbett, supra*, at p. 282; *Yebe, supra*, at p. 186; *W. (R.), supra*, at p. 130; *R.*

Finlayson, notamment en ce qui concerne le rôle et les limites de l’expérience judiciaire dans un contrôle en appel fondé sur le sous-al. 686(1)(a)(i).

Dans les arguments qu’il a avancés devant nous, l’avocat de l’appelant a reconnu qu’il ne pourrait pas avoir gain de cause si les juges majoritaires de la Cour d’appel avaient appliqué le bon critère pour décider du caractère raisonnable de la déclaration de culpabilité. L’appelant nous a pressés d’effectuer une modification «progressive» du droit en approuvant une norme de contrôle en appel [TRADUCTION] «plus générale» et en habilitant les cours d’appel à écarter une déclaration de culpabilité quand ils ont un doute persistant quant à la culpabilité. Je ne puis que répéter ici ce que j’ai dit à ce propos dans l’arrêt *Biniaris*, au par. 38:

Il ne suffit pas que la cour d’appel parle d’un vague malaise ou d’un doute persistant qui résulte de son propre examen de la preuve. Ce «doute persistant» peut être un puissant élément déclencheur d’un examen approfondi de la preuve en appel, mais il ne constitue pas, sans plus d’explications, une bonne raison de modifier les conclusions d’un jury. En d’autres termes, si après avoir examiné la preuve à la fin d’un procès dénué de toute erreur, qui a abouti à une déclaration de culpabilité, le juge de la cour d’appel continue d’éprouver un doute ou un certain malaise, ce doute, qui n’est pas suffisant en soi pour justifier l’annulation de la déclaration de culpabilité, peut constituer un signe utile qu’on en est effectivement arrivé d’une manière non judiciaire au verdict. Dans ce cas, la cour d’appel doit poursuivre son analyse.

Ces commentaires ont été faits dans le cadre de l’examen du verdict d’un jury, mais ils s’appliquent tout autant au jugement d’un juge du procès qui siège seul. Toutefois, la cour d’appel n’apporte rien de particulier à l’évaluation de la preuve lorsque le juge expose des motifs de jugement détaillés qui, comme en l’espèce, révèlent qu’il était conscient des problèmes fréquents qui surgissent dans ce domaine décisionnel. Comme l’indique très clairement la jurisprudence de notre Cour relative au sous-al. 686(1)(a)(i), le fait qu’un juge d’une cour d’appel aurait eu un doute que le juge du procès n’a pas eu est insuffisant pour justifier la conclusion que le jugement de première instance était déraisonnable. Voir, par exemple, *Corbett*, précité,

v. François, [1994] 2 S.C.R. 827, at p. 835; *R. v. Burke*, [1996] 1 S.C.R. 474, at para. 3. With respect, and while acknowledging that a reviewing judge is entitled to express his or her misgivings about the result of the trial, I can find nothing in the reasons of Finlayson J.A. that demonstrates that his different appreciation of the facts make the trial judge's conclusion unreasonable.

In the case at bar, Finlayson J.A. located his unease with the verdict entered by Flaherty Prov. J. in "the advantage of reading the transcripts of many of what are termed 'historical sexual abuse cases' that have come before this court over the last decade" (p. 42). He wrote (at p. 42):

... I am concerned that this case does fit a pattern of allegations of sexual abuse that are initiated by ulterior motives. The complaints are usually of this vague and unsubstantiated nature. They are so stale dated and amorphous that it is impossible for the person accused to give a detailed rebuttal to them without arousing suspicion as to why his memory is so precise.

The defence also reveals a pattern. Faced with attempting to recall what must have been a non-event to any normal person, the accused seized upon a material discrepancy in the complainant's evidence and demonstrated objectively that the complainant's story cannot be true in a significant particular. In this case it was the red couch.

I appreciate Finlayson J.A.'s unease in the face of what the trial judge termed the "well known difficulties" associated with the features of these types of cases, with which he was also very familiar. Having been exposed, like many in the criminal courts, to several such cases, the trial judge was aware of the need for caution in preserving the integrity of the presumption of innocence. He was entitled to believe the uncorroborated evidence of the complainant in this case as in any other case, and he did. If it were unreasonable for him to do so, it would be impossible to convict in the many similar cases where there is a long delay in the dis-

à la p. 282; *Yebe*, précité, à la p. 186; *W. (R.)*, précité, à la p. 130; *R. c. François*, [1994] 2 R.C.S. 827, à la p. 835; *R. c. Burke*, [1996] 1 R.C.S. 474, au par. 3. En toute déférence, bien que je reconnaisse que le juge qui procède à l'examen est autorisé à exprimer des doutes quant au résultat du procès, je ne trouve rien dans les motifs du juge Finlayson qui démontre que son appréciation différente des faits rend déraisonnable la conclusion du juge du procès.

En l'espèce, le juge Finlayson a attribué son malaise à l'égard du verdict inscrit par le juge Flaherty au fait qu'il avait eu [TRADUCTION] «l'avantage de lire les transcriptions d'un bon nombre de ce qu'on appelle les "affaires historiques en matière d'abus sexuel" dont notre cour a été saisie au cours de la dernière décennie» (p. 42). Il a écrit (à la p. 42):

[TRADUCTION] ... je crains qu'il ne soit question en l'espèce d'un type d'allégations d'abus sexuels fondées sur des motifs inavoués. Les plaintes sont généralement ainsi vagues et non fondées. Elles sont tellement dépassées et nébuleuses qu'il est impossible pour l'accusé de présenter une contre-preuve détaillée sans éveiller des soupçons quant à la raison pour laquelle sa mémoire est si fidèle.

La défense a également quelque chose de typique. Alors qu'il devait tenter de se remémorer ce qu'une personne normale aurait jugé anodin, l'accusé s'est servi d'une contradiction importante dans le témoignage de la plaignante pour démontrer objectivement que le récit qu'elle avait fait ne pouvait pas être véridique à un égard important. En l'espèce, il s'agissait du divan rouge.

Je comprends bien le malaise éprouvé par le juge Finlayson à l'égard de ce que le juge du procès a qualifié de [TRADUCTION] «difficultés bien connues» liées aux caractéristiques de ce type d'affaires, difficultés qui lui étaient également très familières. Du fait qu'il avait été saisi de plusieurs causes de ce genre, à l'instar de nombreux autres juges de cours criminelles, le juge du procès était conscient de la nécessité de faire montre de prudence en préservant l'intégrité de la présomption d'innocence. Il était en droit de croire le témoignage non corroboré de la plaignante en l'espèce comme dans n'importe quelle autre cause, et il l'a

closure of the uncorroborated allegations of a complainant in a sexual assault case. This is not the law.

31 I would therefore dismiss the appeal.

V. Conclusion and Disposition

32 For these reasons, and those given by Labrosse J.A., the verdict is not unreasonable or unsupported by the evidence. The appeal is therefore dismissed.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

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

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gold & Fuerst, Toronto.

Solicitors for the intervener the Innocence Project: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitors for the intervener the Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

cru. S'il avait été déraisonnable qu'il le fasse, il serait impossible de prononcer des déclarations de culpabilité dans les nombreuses affaires d'agression sexuelle similaires où les allégations non corroborées d'un plaignant sont divulguées très tardivement. Tel n'est pas l'état du droit.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

V. Conclusion et dispositif

Pour ces motifs et pour ceux exposés par le juge Labrosse, le verdict n'est ni déraisonnable ni dénué de fondement en preuve. Le pourvoi est donc rejeté.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Pinkofsky, Lockyer, Toronto.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Justice Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

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

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association (Ontario): Gold & Fuerst, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Innocence Project: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association in Defence of the Wrongly Convicted: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Lance William Wust *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. WUST

Neutral citation: 2000 SCC 18.

File No.: 26732.

1999: November 9; 2000: April 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Mandatory minimum sentences — Robbery — Criminal Code providing for mandatory minimum sentence of four years where firearm used in commission of robbery — Whether sentencing judge may reduce minimum sentence to take into account pre-sentencing custody — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 344(a), 719(3).

The accused pleaded guilty to charges of robbery with a firearm and possession of a restricted weapon. At the time of his sentencing, he had been in custody since his arrest approximately seven and a half months earlier. He was sentenced to four and a half years' imprisonment, with a concurrent one-year term for possession of a restricted weapon, and was credited one year for his pre-sentencing custody. The resulting sentence was three and a half years. The Crown appealed the sentence, seeking to have it increased to seven or eight years and to have the credit for pre-sentencing custody set aside. The Court of Appeal varied the sentence, reducing it to four years and refusing credit for time served prior to sentencing.

Lance William Wust *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. WUST

Référence neutre: 2000 CSC 18.

N° du greffe: 26732.

1999: 9 novembre; 2000: 13 avril.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Peines minimales obligatoires — Vol qualifié — Peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue par le Code criminel en cas d'usage d'une arme à feu lors d'un vol qualifié — Le tribunal qui détermine la peine peut-il réduire la peine minimale pour tenir compte de la période passée sous garde avant le prononcé de la sentence? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 344a), 719(3).

L'accusé a plaidé coupable à des accusations de vol qualifié et de possession d'une arme à autorisation restreinte. Au moment de la détermination de sa peine, il était détenu depuis son arrestation, environ sept mois et demi auparavant. Il a été condamné à une peine de quatre ans et demi d'emprisonnement, à purger concurremment avec un emprisonnement d'un an pour le chef de possession d'une arme à autorisation restreinte, et sa peine à été réduite d'un an pour tenir compte de la période qu'il avait passée sous garde avant qu'elle ne soit prononcée. Il en a résulté une peine de trois ans et demi. Le ministère public a interjeté appel contre cette peine, demandant qu'elle soit haussée à sept ou huit ans et que la réduction accordée pour tenir compte de la période de détention présentencielle soit annulée. La Cour d'appel a modifié la peine, la réduisant à quatre ans et refusant d'accorder une réduction pour la période de détention présentencielle.

Held: The appeal should be allowed.

Mandatory minimum sentences must be interpreted in a manner consistent with the full context of the sentencing scheme, including statutory remission. A rigid interpretation of the interaction between ss. 344(a) and 719(3) of the *Criminal Code* suggests that time served before sentence cannot be credited to reduce a minimum sentence because it would offend the requirement that nothing short of the minimum be served. Such an interpretation, however, does not accord with the general management of minimum sentences which are, in every other respect, "reduced" like all others, even to below the minimum. Pre-sentencing custody is time actually served in detention, and often in harsher circumstances than the punishment will ultimately call for. Credit for such custody is arguably less offensive to the concept of a minimum period of incarceration than the granting of statutory remission or parole. Section 719(3) ensures that the well-established practice of sentencing judges to give credit for time served when computing a sentence remains available, even if it appears to reduce a sentence below the minimum provided by law.

Parliament did not exempt the s. 344(a) minimum sentence from the application of s. 719(3). Indeed, unjust sentences would result if the s. 719(3) discretion were not applicable to the mandatory s. 344(a) sentence. Discrepancies in sentencing between least and worst offenders would increase, because the worst offender, whose sentence exceeded the minimum would benefit from pre-sentencing credit, while the first-time offender, whose sentence would be set at the minimum, would not receive credit for his or her pre-sentencing detention. These sections are to be interpreted harmoniously and consistently within the overall context of the criminal justice system's sentencing regime.

The well-entrenched judicial discretion provided in s. 719(3) should not be compromised by a mechanical formula for crediting pre-sentencing custody. The goal of sentencing is to impose a just and fit sentence,

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les peines minimales obligatoires doivent être interprétées d'une manière conforme au contexte global du régime de détermination de la peine, y compris la réduction légale. Si l'on donne une interprétation stricte de l'interaction de l'al. 344a) et du par. 719(3) du *Code criminel*, la période passée sous garde par le délinquant avant le prononcé de sa peine ne pourrait être comptée à son actif parce que cela irait à l'encontre de l'exigence selon laquelle la période d'emprisonnement purgée par ce dernier ne doit pas être inférieure à la peine minimale prévue. Toutefois, cette interprétation est incompatible avec le régime général d'exécution des peines minimales, peines qui, à tous autres égards, sont «réduites» comme toutes les autres peines, même en deçà de la durée minimale prescrite. La période passée sous garde avant le prononcé de la peine est véritablement passée en détention, souvent dans des circonstances plus pénibles que celles dans lesquelles sera purgée la peine infligée en bout de ligne. Le fait d'accorder une réduction pour cette période porte moins atteinte au concept de période minimale d'incarcération que la réduction légale de peine ou la libération conditionnelle. Le paragraphe 719(3) fait en sorte que la pratique bien établie qu'appliquent les juges déterminant les peines et qui consiste à prendre en compte la période passée sous garde par le délinquant dans le calcul de la durée de sa peine puisse être utilisée, même si elle semble avoir pour effet de réduire la peine en deçà du minimum fixé par la loi.

Le législateur n'a pas soustrait à l'application du par. 719(3) la peine minimale prévue à l'al. 344a). D'ailleurs, si le pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 719(3) ne s'appliquait pas à la peine obligatoire prescrite par l'al. 344a), il en résulterait des peines injustes. L'écart entre les peines infligées aux délinquants les moins dangereux et les plus dangereux s'accroîtrait, parce que ces derniers, du fait qu'ils reçoivent des peines supérieures au minimum prévu, profiteraient d'une réduction de peine fondée sur la période de détention présentencielle, alors que les délinquants qui n'en sont qu'à leur première infraction et qui se voient infliger la peine minimale ne bénéficieraient pas de cette réduction. Ces articles doivent être interprétés de façon harmonieuse et cohérente dans le contexte général du régime de détermination de la peine du système de justice criminelle.

Il ne faut pas porter atteinte au pouvoir discrétionnaire bien établi dont disposent les tribunaux en vertu du par. 719(3) en avalisant une formule mécanique de réduction de la peine pour tenir compte de la période de

responsive to the facts of the individual offender and the particular circumstances of the commission of the offence. In the past, many judges have given more or less two months' credit for each month spent in presentencing detention. This ratio reflects not only the harshness of the detention owing to the absence of programs, but also the fact that none of the remission mechanisms apply to that period of detention. The credit cannot and need not be determined by a rigid formula and is thus best left to the sentencing judge.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Alain* (1997), 119 C.C.C. (3d) 177; *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332; *R. v. Sanko*, [1998] O.J. No. 1026 (QL); *R. v. Morrissey* (1998), 124 C.C.C. (3d) 38; *R. v. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Brown* (1976), 36 C.R.N.S. 246; *R. v. Mills* (1999), 133 C.C.C. (3d) 451; *R. v. Arthurs*, [2000] 1 S.C.R. 481, 2000 SCC 19; *R. v. Arrance*, [2000] 1 S.C.R. 488, 2000 SCC 20; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *R. v. Bill* (1998), 13 C.R. (5th) 125; *R. v. Leimanis*, [1992] B.C.J. No. 2280 (QL); *R. v. Pasacreata*, [1995] B.C.J. No. 2823 (QL); *R. v. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265; *R. v. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407; *R. v. Hainnu*, [1998] N.W.T.J. No. 101 (QL); *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Patterson* (1946), 87 C.C.C. 86; *R. v. Sloan* (1947), 87 C.C.C. 198; *R. v. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12.
Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 120(1) [repl. 1998, c. 35, s. 112], 128(1) [am. 1995, c. 42, s. 69], Schedule I.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 85(2), 344 [repl. 1995, c. 39, s. 149], 718.1 [idem, c. 22, s. 6], 718.2(b) [idem], 718.3(1) [idem], 719(1) [en. idem], (3) [idem], (4) [idem], 721(3) [rep. idem], 743.6, 745.4.

détention présentencielle. L'objectif de la détermination de la peine est l'infliction d'une peine juste et appropriée, qui prend en compte la situation du délinquant et les circonstances particulières de la perpétration de l'infraction. Dans le passé, nombre de juges ont retranché environ deux mois à la peine du délinquant pour chaque mois passé en détention présentencielle. Ce rapport reflète non seulement la rigueur de la détention en raison de l'absence de programmes, mais également le fait qu'aucun mécanisme de réduction de la peine ne s'applique à cette période de détention. Comme la période à retrancher ne peut ni ne doit être établie au moyen d'une formule rigide, il est préférable de laisser au juge qui détermine la peine le soin de calculer cette période.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Alain* (1997), 119 C.C.C. (3d) 177; *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677; *R. c. Sanko*, [1998] O.J. No. 1026 (QL); *R. c. Morrissey* (1998), 124 C.C.C. (3d) 38; *R. c. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Brown* (1976), 36 C.R.N.S. 246; *R. c. Mills* (1999), 133 C.C.C. (3d) 451; *R. c. Arthurs*, [2000] 1 R.C.S. 481, 2000 CSC 19; *R. c. Arrance*, [2000] 1 R.C.S. 488, 2000 CSC 20; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *R. c. Bill* (1998), 13 C.R. (5th) 125; *R. c. Leimanis*, [1992] B.C.J. No. 2280 (QL); *R. c. Pasacreata*, [1995] B.C.J. No. 2823 (QL); *R. c. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265; *R. c. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407; *R. c. Hainnu*, [1998] N.W.T.J. No. 101 (QL); *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Patterson* (1946), 87 C.C.C. 86; *R. c. Sloan* (1947), 87 C.C.C. 198; *R. c. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 85(2), 344 [repl. 1995, ch. 39, art. 149], 718.1 [idem, ch. 22, art. 6], 718.2(b) [idem], 718.3(1) [idem], 719(1) [aj. idem], (3) [idem], (4) [idem], 721(3) [abr. idem], 743.6, 745.4.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 120(1) [repl. 1998, ch. 35, art. 112], 128(1) [mod. 1995, ch. 42, art. 69], annexe I.

Firearms Act, S.C. 1995, c. 39, s. 165.

Authors Cited

- Canada. Canadian Sentencing Commission. *Sentencing Reform: A Canadian Approach*. Ottawa: The Commission, February 1987.
- Friedland, Martin L. *Detention Before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.
- House of Commons Debates*, 3rd Sess., 28th Parl., Vol. 3, 1971, p. 3118.
- House of Commons Debates*, Vol. 133, No. 154, 1st Sess., 35th Parl., February 16, 1995, pp. 9706 *et seq.*
- House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Evidence*, April 24, 1995, Meeting No. 105; May 19, 1995, Meeting No. 147.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 107 B.C.A.C. 130, 174 W.A.C. 130, 125 C.C.C. (3d) 43, 17 C.R. (5th) 45, 53 C.R.R. (2d) 306, [1998] B.C.J. No. 1076 (QL), allowing in part the Crown's appeal from the sentence imposed by Grist J. (1997), 43 C.R.R. (2d) 320, [1997] B.C.J. No. 573 (QL), and dismissing the accused's cross-appeal. Appeal allowed.

Harry G. Stevenson, for the appellant.

Peter W. Ewert, Q.C., and *Geoffrey R. Gaul*, for the respondent.

David Finley, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

¹ This appeal raises a legal issue of deceptive simplicity, which has generated a number of contrary decisions in several courts of appeal. The issue is whether, when Parliament has imposed a mandatory minimum sentence, the courts may deduct from that sentence the time spent by the accused in custody while awaiting trial and sen-

Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39, art. 165.

Doctrine citée

- Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. *Réformer la sentence: une approche canadienne*. Ottawa: La Commission, février 1987.
- Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques. *Témoignages*, 24 avril 1995, séance n° 105; 19 mai 1995, séance n° 147.
- Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 28^e lég., vol. 3, 1971, p. 3118.
- Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 154, 1^{re} sess., 35^e lég., 16 février 1995, pp. 9706 et suiv.
- Friedland, Martin L. *Detention Before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts*. Toronto: University of Toronto Press, 1965.
- Trotter, Gary T. *The Law of Bail in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 107 B.C.A.C. 130, 174 W.A.C. 130, 125 C.C.C. (3d) 43, 17 C.R. (5th) 45, 53 C.R.R. (2d) 306, [1998] B.C.J. No. 1076 (QL), qui a accueilli en partie l'appel interjeté par le ministère public contre la peine infligée par le juge Grist (1997), 43 C.R.R. (2d) 320, [1997] B.C.J. No. 573 (QL), et qui a rejeté l'appel incident de l'accusé. Pourvoi accueilli.

Harry G. Stevenson, pour l'appelant.

Peter W. Ewert, c.r., et *Geoffrey R. Gaul*, pour l'intimée.

David Finley, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi soulève une question juridique d'une simplicité trompeuse, qui a donné lieu à un certain nombre de décisions contradictoires par plusieurs cours d'appel. La question en litige est celle de savoir si, dans les cas où le législateur établit une peine minimale obligatoire, les tribunaux peuvent déduire de cette peine la période que

tence, if this has the effect of reducing the sentence pronounced by the court to less than the minimum provided by law.

More specifically, in this appeal from a judgment of the British Columbia Court of Appeal we must determine whether a judge may exercise the discretion provided for in s. 719(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to credit time spent in pre-sentencing custody when calculating the appropriate sentence for robbery while using a firearm under s. 344(a) of the *Code*. Section 344(a) prescribes a mandatory minimum punishment of four years' imprisonment.

Section 344(a) is one of several amendments to the *Code* prescribing mandatory minimum punishments for firearms-related offences, arising from the enactment of the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39. The *Firearms Act* amendments to the *Code* did not provide for any changes to the sentencing provisions in s. 719 of the *Code*, which are of general application. In particular, s. 719(3) provides that in determining the sentence to be imposed, the court may take into account any time spent in custody in relation to the offence for which a person has been convicted. The question of whether this can be done in relation to mandatory minimum sentences has created a problem of statutory interpretation which the courts of British Columbia, Ontario, Quebec, and Nova Scotia have variously addressed during the four years since the amendments have been in force, reaching different conclusions regarding the interaction between the two sections.

The Quebec Court of Appeal has held that it is not appropriate for the trial judge to consider pre-sentencing custody in cases where such a consideration would result in a sentence falling below the

le contrevenant a passée sous garde en attendant son procès et le prononcé de sa peine, lorsque, du fait de cette réduction, la peine infligée au délinquant serait inférieure à la peine minimale prévue par la loi.

Plus précisément, dans le présent pourvoi visant un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, nous devons décider si le tribunal qui détermine la peine qu'il convient d'imposer au délinquant déclaré coupable de l'infraction de vol qualifié avec usage d'une arme à feu, prévue à l'al. 344a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, peut exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le par. 719(3) du *Code* pour prendre en compte la période passée sous garde par le délinquant avant le prononcé de sa peine (aussi appelée ci-après «période de détention présentencielle»). L'alinéa 344a) prescrit une peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement.

L'alinéa 344a) est l'une des diverses modifications qui ont été apportées au *Code* afin d'établir les peines minimales obligatoires applicables à l'égard des infractions relatives aux armes à feu créées par la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39. Les modifications du *Code* qui découlent de l'édiction de la *Loi sur les armes à feu* n'ont eu aucune incidence sur les dispositions de l'art. 719 du *Code*, qui sont d'application générale. En particulier, le par. 719(3) précise que, pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que cette personne a passée sous garde par suite de l'infraction. La question de savoir si cette disposition s'applique aux peines minimales obligatoires a soulevé un problème d'interprétation législative que les tribunaux de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, du Québec et de la Nouvelle-Écosse ont tranché de diverses façons au cours des quatre années qui ont suivi l'entrée en vigueur des modifications, tirant des conclusions divergentes en ce qui concerne l'interaction de ces deux dispositions.

La Cour d'appel du Québec a estimé qu'il ne convenait pas que le juge du procès prenne en compte la période de détention présentencielle dans les affaires où cette démarche entraînerait

2

3

4

mandatory minimum: *R. v. Alain* (1997), 119 C.C.C. (3d) 177, and *R. v. Lapierre* (1998), 123 C.C.C. (3d) 332. Proulx J.A. in *Lapierre* held (at p. 344) that the punishment in s. 344(a) required a sentence of four years' imprisonment, since a sentence commences from the day it is imposed, pursuant to s. 719(1) of the *Code*. However, Proulx J.A. also recognized (at pp. 345-46) that removing the discretion to take account of the time spent in custody created some difficulty, since the crediting of pre-trial custody is based on fairness and the need to avoid injustice in the individual case.

5 Other courts have followed *Lapierre* and *Alain* in determining that pre-trial custody may not be applied to mandatory minimum punishments. For example, Langdon J., in *R. v. Sanko*, [1998] O.J. No. 1026 (QL) (Gen. Div.), and Bateman J.A. of the Nova Scotia Court of Appeal, in *R. v. Morrissey* (1998), 124 C.C.C. (3d) 38, have both held that it is not open to a trial judge to apply the discretion provided for in s. 719(3), where to do so would result in a sentence below the mandatory minimum.

6 The reasoning of the Quebec Court of Appeal was also followed by the British Columbia Court of Appeal in this case. The appellant was one of five persons who appealed their sentences, challenging the constitutionality of s. 344(a) under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and requesting that s. 719(3) be interpreted to permit a reduction of the mandatory minimum punishment set out in s. 344(a) to take into account pre-sentencing custody. McEachern C.J.B.C., writing for a unanimous Court of Appeal, upheld the constitutionality of s. 344(a): *R. v. Wust* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43, at p. 59. McEachern C.J.B.C. also reasoned that, since a sentence commences upon its imposition under s. 719(1), the mandatory language of s. 344(a) precludes the judicial discretion permitted by s. 719(3), where such discretion would result in a sentence of less than the required

l'infliction d'une peine inférieure à la peine minimale obligatoire: *R. c. Alain* (1997), 119 C.C.C. (3d) 177, et *R. c. Lapierre*, [1998] R.J.Q. 677. Dans l'arrêt *Lapierre*, à la p. 685, le juge Proulx a estimé que l'application de l'al. 344a) exige l'infliction d'une peine de quatre ans d'emprisonnement car, aux termes du par. 719(1) du *Code*, la peine commence la journée où elle est infligée. Cependant, le juge Proulx a également reconnu, aux pp. 685 et 686, que l'élimination du pouvoir discrétionnaire de prendre en compte la période passée sous garde créait une certaine difficulté, puisque la prise en compte de cette période répond à un souci d'équité et au besoin d'éviter qu'une injustice soit commise dans l'affaire dont le tribunal est saisi.

D'autres cours ont suivi les arrêts *Lapierre* et *Alain*, et jugé que la période de détention avant le procès ne pouvait pas être soustraite d'une peine minimale obligatoire. Par exemple, le juge Langdon dans *R. c. Sanko*, [1998] O.J. No. 1026 (QL) (Div. gén.), et Madame le juge Bateman de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. c. Morrissey* (1998), 124 C.C.C. (3d) 38, ont tous deux estimé qu'il n'était pas loisible au juge du procès d'exercer le pouvoir discrétionnaire prévu au par. 719(3) dans les cas où la peine en résultant serait plus courte que la peine minimale prescrite.

Le raisonnement de la Cour d'appel du Québec a également été suivi par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire. L'appellant était l'une des cinq personnes qui avaient formé appel contre les peines qui leur avaient été infligées, plaidant l'inconstitutionnalité de l'al. 344a) au regard de l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et demandant que le par. 719(3) soit interprété de façon à permettre la réduction de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 344a) par la prise en compte de la période de détention présentencielle. Rédigeant la décision unanime de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge en chef McEachern a confirmé la validité constitutionnelle de l'al. 344a): *R. c. Wust* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43, à la p. 59. Le juge en chef McEachern a également raisonné que, comme le par. 719(1) précise qu'une

minimum of four years. Otherwise, the mandatory sentence prescribed by s. 344(a) would be reduced impermissibly: *Wust*, at p. 60.

At approximately the same time as the British Columbia Court of Appeal was deciding *Wust*, the Ontario Court of Appeal was considering the same issue in *R. v. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57. Rosenberg J.A., writing for a unanimous court, declined to follow the reasons of Proulx J.A. in *Lapierre*, *supra*, and held that s. 719(3) could be applied to s. 344(a). Following a thorough analysis of both s. 344(a) and s. 719(3), based on principles of statutory interpretation and with reference to *Charter* values, Rosenberg J.A. held that pre-sentencing custody could be considered even if such credit resulted in reducing the sentence imposed on conviction below four years, since the total punishment would still equal the mandatory minimum of four years. Concurring with Rosenberg J.A. was Borins J.A., who took the unusual opportunity to overrule his own earlier decision in *R. v. Brown* (1976), 36 C.R.N.S. 246 (Ont. Co. Ct.), regarding the inapplicability of s. 649(2.1) (now s. 719(3)) to the mandatory minimum sentence set out in s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1.

In another interesting turn of events, a five-judge panel of the British Columbia Court of Appeal, in *R. v. Mills* (1999), 133 C.C.C. (3d) 451, overturned its decision in the present case, adopting the reasons of Rosenberg J.A. in *McDonald*. The court in *Mills* held at pp. 458-59 that

[i]ncarceration, whether before or after disposition, is a serious deprivation of liberty, and being forced to ignore

peine commence la journée où elle est infligée, le caractère impératif du texte de l'al. 344a) a pour effet d'empêcher l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé au tribunal par le par. 719(3) lorsqu'il en résulterait une peine plus courte que la peine minimale de quatre ans prévue, sinon la peine obligatoire prescrite par l'al. 344a) serait réduite de façon inacceptable: *Wust*, à la p. 60.

À peu près à la même époque où la Cour d'appel de la Colombie-Britannique était appelée à statuer sur l'affaire *Wust*, la Cour d'appel de l'Ontario était saisie de la même question dans l'affaire *R. c. McDonald* (1998), 127 C.C.C. (3d) 57. Le juge Rosenberg, qui a rédigé la décision unanime de la Cour d'appel, a refusé de suivre les motifs exposés par le juge Proulx de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lapierre*, précité, estimant plutôt que le par. 719(3) pouvait être appliqué à l'al. 344a). Après avoir minutieusement analysé ces deux dispositions en se fondant sur les principes d'interprétation législative et en renvoyant aux valeurs consacrées par la *Charte*, le juge Rosenberg a conclu que la période de détention préventive pouvait être prise en compte, même si cela avait pour effet de réduire à moins de quatre ans la peine minimale applicable en cas de déclaration de culpabilité, puisque la durée totale de l'emprisonnement serait quand même égale à ce minimum. Souscrivant aux motifs du juge Rosenberg, le juge Borins a profité de l'occasion inhabituelle qui se présentait pour infirmer la décision qu'il avait lui-même rendue dans *R. c. Brown* (1976), 36 C.R.N.S. 246 (C. dist. Ont.), relativement à l'inapplicabilité du par. 649(2.1) (maintenant le par. 719(3)) à la peine minimale obligatoire qui était prévue au par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1.

Autre fait intéressant, dans *R. c. Mills* (1999), 133 C.C.C. (3d) 451, une formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a écarté l'arrêt qu'elle a rendu dans la présente affaire, adoptant les motifs exposés par le juge Rosenberg dans *McDonald*. Dans *Mills*, aux pp. 458 et 459, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] [L]'incarcération, avant ou après que l'affaire soit tranchée, constitue une privation de liberté

it as part of sentencing is inherently unjust. Moreover, not taking time in custody into account can lead to unjust discrepancies between similarly situated offenders. . . .

grave, et il est fondamentalement injuste d'être contraint de ne pas en tenir compte dans la détermination de la peine. En outre, le fait de ne pas prendre en compte le temps passé sous garde peut être source d'écarts injustes dans les peines infligées à des délinquants se trouvant dans des situations similaires . . .

9

The task before this Court is to settle the controversy regarding whether or not s. 719(3) may be applied to sentences imposed under s. 344(a), and, by implication, to mandatory minimum sentences in general. For the reasons that follow, I find Rosenberg J.A.'s analysis in *McDonald* compelling. The *McDonald* decision makes it clear that this Court can uphold both Parliament's intention that offenders under s. 344(a) receive a minimum punishment of four years imprisonment and Parliament's equally important intention to preserve the judicial discretion to consider pre-sentencing custody under s. 719(3) and ensure that justice is done in the individual case.

Notre Cour est donc appelée à trancher la question controversée de savoir si le par. 719(3) peut ou non être appliqué aux peines infligées en vertu de l'al. 344a) et, par implication, aux peines minimales obligatoires en général. Pour les motifs qui suivent, j'estime que le juge Rosenberg de la Cour d'appel a fait une analyse convaincante dans l'arrêt *McDonald*. Il ressort clairement de cet arrêt que notre Cour est en mesure de donner effet à la volonté du législateur que les délinquants déclarés coupables en vertu de l'al. 344a) reçoivent une peine minimale de quatre ans d'emprisonnement et à son désir, tout aussi important, de laisser aux juges le pouvoir discrétionnaire que leur confère le par. 719(3) de prendre en compte la période de détention présentencielle et de faire en sorte que justice soit rendue dans chaque cas.

II. Factual Background and Judicial History

II. Les faits et l'historique des procédures judiciaires

A. *Factual Background*

A. *Les faits*

10

On July 5, 1996, the appellant and two accomplices robbed a gas station, their faces covered with bandanas. Two of them, including the appellant, were armed. The appellant pointed a loaded nine millimetre, semi-automatic pistol into the cashier's face, showed him that the gun was loaded and demanded money. The cashier handed him \$780 and the appellant struck him several times on the head with his fist, and threatened to kill him if he gave the police his description.

Le 5 juillet 1996, l'appelant et deux complices ont commis un vol qualifié dans une station-service, le visage couvert d'un foulard. Deux des voleurs, dont l'appelant, étaient armés. Ce dernier a braqué un pistolet semi-automatique de neuf millimètres chargé sur le visage du caissier, lui a montré que l'arme était chargée et lui a demandé de l'argent. Le caissier lui a remis 780 \$, après quoi l'appelant l'a frappé à plusieurs reprises à la tête avec le poing et a menacé de le tuer s'il donnait sa description à la police.

11

The appellant was arrested shortly thereafter and charged with both robbery and possession of a restricted weapon. He was 22 years old at the time of the offence and had an extensive criminal record in both youth and adult courts, with 30 convictions dating back to July 1990, including violent offences. A prohibition against possessing firearms was in force against him at the time of the robbery.

L'appelant a été arrêté peu de temps après et accusé de vol qualifié et de possession d'une arme à autorisation restreinte. Âgé de 22 ans à l'époque de l'infraction, l'appelant possédait un long casier judiciaire tant devant les tribunaux pour adolescents que devant les tribunaux pour adultes, ayant déjà fait l'objet de 30 déclarations de culpabilité depuis juillet 1990, y compris pour des infractions

He was detained pending trial and sentencing for a period of seven and a half months.

B. *British Columbia Supreme Court* (1997), 43 C.R.R. (2d) 320

At trial in the Supreme Court of British Columbia, Grist J. held that the discretion allowed by s. 721(3) (now s. 719(3)) of the *Code* is applicable to sentences imposed under s. 344(a), since to do otherwise, and fail to give credit for time served would risk violation of s. 12 of the *Charter*. Grist J. determined that the appropriate sentence in this case was four and a half years, with a concurrent sentence of one year for possession of a restricted weapon. The appellant was credited one year for his pre-sentencing custody of seven and a half months, reducing his sentence, under s. 344(a), to three and a half years.

C. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43

The Crown appealed that sentence to the British Columbia Court of Appeal, seeking to have it increased from three and a half years to seven or eight years on the basis of the accused's lengthy criminal record. The Crown also sought to have the credit for pre-sentencing custody set aside. The appellant cross-appealed, challenging the constitutionality of the mandatory minimum punishment of s. 344(a) as a violation of his s. 12 *Charter* right to be free of cruel and unusual punishment.

accompagnées de violence. Au moment où il a commis le vol qualifié, il était sous le coup d'une ordonnance lui interdisant d'avoir des armes à feu en sa possession. Il a été détenu pendant sept mois et demi avant son procès et la détermination de sa peine.

B. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 43 C.R.R. (2d) 320

Au procès, le juge Grist de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a estimé que le pouvoir discrétionnaire prévu au par. 721(3) (maintenant le par. 719(3)) du *Code* était applicable à l'égard des peines infligées en vertu de l'al. 344a), car le fait de conclure autrement et de ne pas prendre en compte la période passée sous garde risquerait d'entraîner la violation de l'art. 12 de la *Charte*. Le juge Grist a déterminé que la peine qu'il convenait de prononcer en l'espèce était une peine d'emprisonnement de quatre ans et demi, à purger concurrentement avec un emprisonnement d'un an pour le chef de possession d'une arme à autorisation restreinte. La peine ainsi infligée à l'appelant a été réduite d'un an pour prendre en compte la période de sept mois et demi qu'il avait passée sous garde en attendant le prononcé de sa peine, de sorte qu'il a été condamné à trois ans et demi de prison en vertu de l'al. 344a).

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43

Le ministère public a interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique de la peine de trois ans et demi infligée à l'appelant, demandant qu'il soit plutôt condamné à sept ou huit ans d'emprisonnement, en raison de son casier judiciaire chargé. Le ministère public a également sollicité l'annulation de la réduction accordée pour la période de détention présentencielle. L'appelant a pour sa part formé un appel incident, plaidant que la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 344a) est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités qui lui est garanti par l'art. 12 de la *Charte*.

12

13

14

McEachern C.J.B.C., writing for a unanimous court, upheld the constitutionality of s. 344(a) under s. 12 of the *Charter*, and also held that the correct interpretation of s. 344(a) mandated the imposition of a sentence of at least four years. Because s. 719(1) provides that a sentence begins when it is imposed, McEachern C.J.B.C. held that it was not possible to reduce a sentence to account for time served while awaiting trial, if such a discount results in a sentence of less than the required minimum. However, if the credit does not result in a sentence of less than four years, s. 719(3) may be applied: *Wust*, at p. 60.

Rédigeant la décision unanime de la Cour d'appel, le juge en chef McEachern a confirmé la validité constitutionnelle de l'al. 344a) au regard de l'art. 12 de la *Charte*, décidant également que, suivant l'interprétation qu'il convient de donner à l'al. 344a), une peine d'au moins quatre ans d'emprisonnement s'imposait en l'espèce. Comme le par. 719(1) précise que la peine commence au moment où elle est infligée, le juge en chef McEachern a estimé qu'il n'était pas possible de réduire une peine pour prendre en compte la période passée sous garde par le délinquant avant son procès, lorsque, du fait de cette réduction, la peine infligée à ce dernier serait inférieure à la peine minimale prescrite. Cependant, il a jugé que, dans les cas où une telle réduction ne se traduit pas par une peine de moins de quatre ans, le par. 719(3) peut être appliqué: *Wust*, à la p. 60.

15

McEachern C.J.B.C. also considered the Crown appeal against the sentence and concluded that, in the circumstances, the four and one-half years imposed by the trial judge was not unfit. He also found that the trial judge did not commit an error in giving credit for time served prior to sentencing; however, McEachern C.J.B.C. varied the sentence to allow a credit only to the extent of reaching the minimum sentence of four years: *Wust*, at p. 61.

Le juge en chef McEachern a également examiné l'appel formé par le ministère public contre la peine et il a décidé que, dans les circonstances, la peine de quatre ans et demi infligée à l'appelant par le juge du procès n'était pas inappropriée. De plus, il a estimé que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur en prenant en compte la période de détention présentencielle. Cependant, le juge en chef McEachern a modifié la peine, mais l'a réduite uniquement dans la mesure nécessaire pour infliger à l'appelant la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement: *Wust*, à la p. 61.

16

The appeal to the British Columbia Court of Appeal in this case was heard and decided at the same time as four other sentencing appeals, all under s. 344(a). Two of those appeals were also heard in this Court together with the present case: *R. v. Arthurs*, [2000] 1 S.C.R. 481, 2000 SCC 19, and *R. v. Arrance*, [2000] 1 S.C.R. 488, 2000 SCC 20, released concurrently and to which these reasons apply as well.

L'appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans la présente affaire a été entendu et tranché en même temps que quatre autres appels interjetés contre des peines infligées en vertu de l'al. 344a). Deux de ces appels font également l'objet de pourvois qui ont été entendus par notre Cour avec le présent pourvoi: *R. c. Arthurs*, [2000] 1 R.C.S. 481, 2000 CSC 19, et *R. c. Arrance*, [2000] 1 R.C.S. 488, 2000 CSC 20, qui sont tranchés en même temps que celui-ci et auxquels s'appliquent également les présents motifs.

III. Relevant Statutory Provisions

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

344. Every person who commits robbery is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; and

(b) in any other case, to imprisonment for life.

718.1 A sentence must be proportionate to the gravity of the offence and the degree of responsibility of the offender.

718.2 A court that imposes a sentence shall also take into consideration the following principles:

. . .

(b) a sentence should be similar to sentences imposed on similar offenders for similar offences committed in similar circumstances;

. . .

718.3 (1) Where an enactment prescribes different degrees or kinds of punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence.

(2) Where an enactment prescribes a punishment in respect of an offence, the punishment to be imposed is, subject to the limitations prescribed in the enactment, in the discretion of the court that convicts a person who commits the offence, but no punishment is a minimum punishment unless it is declared to be a minimum punishment.

. . .

719. (1) A sentence commences when it is imposed, except where a relevant enactment otherwise provides.

. . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

17

344. Quiconque commet un vol qualifié est coupable d'un acte criminel passible:

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

718.1 (1) La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant.

718.2 Le tribunal détermine la peine à infliger compte tenu également des principes suivants:

. . .

b) l'harmonisation des peines, c'est-à-dire l'infligence de peines semblables à celles infligées à des délinquants pour des infractions semblables commises dans des circonstances semblables;

. . .

718.3 (1) Lorsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction.

(2) Lorsqu'une disposition prescrit une peine à l'égard d'une infraction, la peine à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, laissée à l'appréciation du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction, mais nulle peine n'est une peine minimale à moins qu'elle ne soit déclarée telle.

. . .

719. (1) La peine commence au moment où elle est infligée, sauf lorsque le texte législatif applicable y pourvoit de façon différente.

. . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

(4) Notwithstanding subsection (1), a term of imprisonment, whether imposed by a trial court or the court appealed to, commences or shall be deemed to be resumed, as the case may be, on the day on which the convicted person is arrested and taken into custody under the sentence.

IV. Analysis

A. *Mandatory Minimum Sentences and General Sentencing Principles*

18 Mandatory minimum sentences are not the norm in this country, and they depart from the general principles of sentencing expressed in the *Code*, in the case law, and in the literature on sentencing. In particular, they often detract from what Parliament has expressed as the fundamental principle of sentencing in s. 718.1 of the *Code*: the principle of proportionality. Several mandatory minimum sentences have been challenged under s. 12 of the *Charter*, as constituting cruel and unusual punishment: see, for example, *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, and *Morrisey*, *supra*.

19 On some occasions, a mandatory minimum sentence has been struck down under s. 12, on the basis that the minimum prescribed by law was, or could be, on a reasonable hypothetical basis, grossly disproportionate to what the circumstances called for. See, for example, *Smith*, striking down s. 5(2) of the *Narcotic Control Act*; *R. v. Bill* (1998), 13 C.R. (5th) 125 (B.C.S.C.), striking down the four-year minimum sentence for manslaughter with a firearm under s. 236(a) of the *Code*; *R. v. Leimanis*, [1992] B.C.J. No. 2280 (QL) (Prov. Ct.), in which the s. 88(1)(c) minimum sentence of the B.C. *Motor Vehicle Act* for driving under a s. 85(a) prohibition was invalidated; and *R. v. Pasacreta*, [1995] B.C.J. No. 2823 (QL) (Prov. Ct.), where the same penalty as in *Leimanis* for

(4) Malgré le paragraphe (1), une période d'emprisonnement, infligée par un tribunal de première instance ou par le tribunal saisi d'un appel, commence à courir ou est censée reprise, selon le cas, à la date où la personne déclarée coupable est arrêtée et mise sous garde aux termes de la sentence.

IV. L'analyse

A. *Peines minimales obligatoires et principes généraux de détermination de la peine*

Les peines minimales obligatoires ne constituent pas la norme au Canada, et elles dérogent aux principes généraux applicables en matière de détermination de la peine énoncés dans le *Code*, la jurisprudence et la littérature sur le sujet. En particulier, elles dérogent souvent au principe énoncé à l'art. 718.1 du *Code*, que le législateur a déclaré être le principe fondamental en matière de détermination de la peine: le principe de la proportionnalité. Plusieurs peines minimales obligatoires ont été contestées au regard de l'art. 12 de la *Charte* pour le motif qu'elles constituaient des peines cruelles et inusitées: voir, par exemple, *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, et *Morrisey*, précité.

Dans certains cas, la peine minimale obligatoire contestée a été invalidée en application de l'art. 12 pour le motif que l'emprisonnement minimal prévu par la loi était ou pouvait être, sur une base hypothétique raisonnable, exagérément disproportionné eu égard à ce que commandaient les circonstances. Voir, par exemple, l'arrêt *Smith*, qui a invalidé le par. 5(2) de la *Loi sur les stupéfiants*; l'affaire *R. c. Bill* (1998), 13 C.R. (5th) 125 (C.S.C.-B.), qui a invalidé la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement que prescrivait l'al. 236a) du *Code* à l'égard des homicides involontaires coupables commis en utilisant une arme à feu; l'affaire *R. c. Leimanis*, [1992] B.C.J. No. 2280 (QL) (C. prov.), dans laquelle le tribunal a invalidé la peine minimale que prévoyait l'al. 88(1)(c) de la *Motor Vehicle Act* de la C.-B. et qui était imposée aux personnes qui conduisaient, mêmes si elles faisaient l'objet d'une ordonnance d'interdiction fondée sur l'al. 85a); et l'affaire *R. c. Pasacreta*, [1995] B.C.J. No. 2823 (QL) (C. prov.), dans laquelle on a également invalidé la même

driving under a s. 84 prohibition was also struck down.

In other cases, courts have fashioned the remedy of a constitutional exemption from a mandatory minimum sentence, thereby upholding the enactment as valid while exempting the accused from its application: see *R. v. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265 (Y.T.C.A.), and *R. v. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407 (Sask. C.A.). Finally, in some of the cases where the courts have upheld a minimum sentence as constitutionally valid, it has been noted that the mandatory minimum sentence was demonstrably unfit or harsh in the case before the court. See, for example, *McDonald*, *supra*, at p. 85, *per* Rosenberg J.A., and *R. v. Hainnu*, [1998] N.W.T.J. No. 101 (QL) (S.C.), at para. 71.

Even if it can be argued that harsh, unfit sentences may prove to be a powerful deterrent, and therefore still serve a valid purpose, it seems to me that sentences that are unjustly severe are more likely to inspire contempt and resentment than to foster compliance with the law. It is a well-established principle of the criminal justice system that judges must strive to impose a sentence tailored to the individual case: *R. v. M. (C.A.)*, [1996] 1 S.C.R. 500, at para. 92, *per* Lamer C.J.; *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688, at para. 93, *per* Cory and Iacobucci JJ.

Consequently, it is important to interpret legislation which deals, directly and indirectly, with mandatory minimum sentences, in a manner that is consistent with general principles of sentencing, and that does not offend the integrity of the criminal justice system. This is entirely possible in this case, and, in my view, such an approach reflects the intention of Parliament that all sentences be administered consistently, except to the limited

peine que celle en litige dans l'affaire *Leimanis*, qui était imposée aux personnes conduisant sous le coup d'une ordonnance d'interdiction fondée sur l'art. 84.

Dans d'autres affaires, des tribunaux ont, à titre de réparation, accordé l'exemption constitutionnelle de l'application de la peine minimale obligatoire prévue, confirmant ainsi la validité de la disposition législative en cause tout en exemptant le délinquant de son application: voir *R. c. Chief* (1989), 51 C.C.C. (3d) 265 (C.A.T.Y.); et *R. c. McGillivray* (1991), 62 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Sask.). Enfin, dans certains cas où les tribunaux ont confirmé la validité constitutionnelle d'une peine minimale, ils ont souligné qu'on était parvenu à établir que, dans les circonstances de l'affaire dont ils étaient saisis, la peine minimale en cause était inappropriée ou sévère. Voir, par exemple, *McDonald*, précité, à la p. 85, le juge Rosenberg, et *R. c. Hainnu*, [1998] N.W.T.J. No. 101 (QL) (C.S.), au par. 71.

Même s'il est possible de soutenir que des peines sévères et inappropriées peuvent avoir un effet dissuasif considérable et que, en conséquence, de telles peines servent toujours un objectif valable, il me semble que l'infliction de peines injustement sévères risque davantage d'inspirer le mépris et le ressentiment que d'inciter au respect de la loi. Selon un principe bien établi du système de justice criminelle, le juge doit s'efforcer d'infliger une peine appropriée eu égard à l'affaire dont il est saisi: *R. c. M. (C.A.)*, [1996] 1 R.C.S. 500, au par. 92, le juge en chef Lamer; *R. c. Gladue*, [1999] 1 R.C.S. 688, au par. 93, les juges Cory et Iacobucci.

En conséquence, il est important que les dispositions législatives qui portent — directement ou indirectement — sur des peines minimales obligatoires soient interprétées d'une manière qui soit compatible avec les principes généraux de la détermination de la peine et qui ne porte pas atteinte à l'intégrité du système de justice criminelle. Il est tout à fait possible, en l'espèce, de donner une telle interprétation et, à mon avis, cette interprétation tient compte du désir du législateur que toutes les peines soient administrées uniformément, sauf

20

21

22

extent required to give effect to a mandatory minimum.

23

In accordance with the umbrella principle of statutory interpretation expressed by this Court in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paras. 20-23, mandatory minimum sentences must be understood in the full context of the sentencing scheme, including the management of sentences provided for in the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. Several provisions of the *Code*, and of other federal statutes, provide for various forms of punishment upon conviction for an offence. Most enactments providing for the possibility of imprisonment do so by establishing a maximum term of imprisonment. In deciding on the appropriate sentence, the court is directed by Part XXIII of the *Code* to consider various purposes and principles of sentencing, such as denunciation, general and specific deterrence, public safety, rehabilitation, restoration, proportionality, disparity, totality and restraint, and to take into account both aggravating and mitigating factors. The case law provides additional guidelines, often in illustrating what an appropriate range of sentence might be in the circumstances of a particular case. In arriving at a fit sentence, the court must also be alive to some computing rules, for example, the rule that sentences cannot normally be back- or post-dated: s. 719(1) of the *Code*; see also *R. v. Patterson* (1946), 87 C.C.C. 86 (Ont. C.A.), at p. 87, *per* Robertson C.J., and *R. v. Sloan* (1947), 87 C.C.C. 198 (Ont. C.A.), at pp. 198-99, *per* Roach J.A., cited with approval by Rosenberg J.A., in *McDonald*, *supra*, at p. 71.

24

Rarely is the sentencing court concerned with what happens after the sentence is imposed, that is, in the administration of the sentence. Sometimes it is required to do so by addressing, by way of

dans la mesure requise pour donner effet à une peine minimale obligatoire.

Conformément au principe général d'interprétation des lois énoncé par notre Cour dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 20 à 23, les peines minimales obligatoires doivent être considérées dans le contexte global du système de détermination de la peine, y compris le régime d'administration des peines prévu par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. Plusieurs dispositions du *Code* et d'autres lois fédérales établissent les peines qui sont infligées aux personnes reconnues coupables d'infractions criminelles. La plupart des dispositions qui accordent la possibilité de recourir à l'emprisonnement le font en fixant une période d'emprisonnement maximale. Le tribunal appelé à décider de la peine qu'il convient d'imposer à un délinquant doit, conformément à la partie XXIII du *Code*, considérer divers objectifs et principes en matière de détermination de la peine tels que la dénonciation, la dissuasion générale ou spécifique, la sécurité publique, la réadaptation, la réparation, la proportionnalité, la disparité, ainsi que la totalité et la retenue, et il doit également tenir compte des circonstances aggravantes ou atténuantes. La jurisprudence fournit des précisions supplémentaires, souvent en indiquant quelle serait, dans les circonstances d'une affaire donnée, la fourchette des peines convenables. De plus, pour déterminer la peine appropriée, le tribunal doit tenir compte de certaines règles de calcul, par exemple la règle selon laquelle le début de la peine ne peut normalement être fixé à une date antérieure ou postérieure à celle de son prononcé: par. 719(1) du *Code*; voir également *R. c. Patterson* (1946), 87 C.C.C. 86 (C.A. Ont.), à la p. 87, le juge en chef Robertson, et *R. c. Sloan* (1947), 87 C.C.C. 198 (C.A. Ont.), aux pp. 198 et 199, le juge Roach, cité avec approbation par le juge Rosenberg de la Cour d'appel dans *McDonald*, précité, à la p. 71.

Le tribunal qui détermine la peine est rarement concerné par ce qui se produit après le prononcé de la peine, c'est-à-dire par l'exécution de la peine. Par contre, il doit parfois s'attacher à cet aspect de

recommendation, or in mandatory terms, a particular form of treatment for the offender. For instance in murder cases, the sentencing court will determine a fixed term of parole ineligibility: s. 745.4 of the *Code*. However, for the most part, after a sentence of imprisonment is imposed, the *Corrections and Conditional Release Act* comes into play to administer that sentence, with the almost invariable effect of reducing the amount of time actually served in detention. Under this Act, the offender earns statutory remission, that is, time that will be automatically deducted from the sentence imposed. Furthermore, he or she will become eligible for escorted and unescorted temporary absences, work releases, day parole and full parole, and statutory release. In short, it is quite possible, indeed, it is most likely, that the person sentenced will not be incarcerated for the full period of time imposed in the sentence pronounced by the court.

The *Corrections and Conditional Release Act*, in effect, “deems” the time spent lawfully at large by the offender who is released on parole, statutory release or unescorted temporary absence as a continuation of the sentence until its expiration: s. 128(1). This provision applies to all sentences, even where the term of imprisonment imposed is a statutory mandatory minimum.

The *Firearms Act* addressed the issue of the administration of mandatory minimum sentences, but in a very minimal way by amending one section of Schedule I of the *Corrections and Conditional Release Act*. Schedule I sets out the offences for which the sentencing court has power to delay eligibility for full parole to the lesser of one-half of the sentence or ten years, rather than the standard time for full parole eligibility of the lesser of one-third of the sentence or seven years: s. 120(1) of the *Corrections and Conditional Release Act*,

la question lorsqu’il recommande ou impose une forme particulière de traitement au délinquant. Dans les affaires de meurtre, par exemple, le tribunal qui détermine la peine fixe le délai préalable à la libération conditionnelle du contrevenant: art. 745.4 du *Code*. Cependant, une fois la peine d’emprisonnement infligée, ce sont essentiellement les dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* qui entrent en jeu en ce qui concerne l’exécution de cette peine, et celles-ci ont presque invariablement pour effet d’entraîner la réduction de la période que purge concrètement en détention le délinquant. En vertu de cette loi, le délinquant bénéficie d’une réduction légale de peine, c’est-à-dire que la peine qui lui a été infligée est automatiquement écourtée. De plus, il devient éventuellement admissible aux mesures suivantes: permission de sortir avec escorte ou sans escorte, placement à l’extérieur, semi-liberté et libération conditionnelle totale, et libération d’office. Bref, il est fort possible et même probable que, dans les faits, le délinquant ne sera pas incarcéré pendant toute la durée de la peine d’emprisonnement prononcée par le tribunal.

Aux termes de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, le délinquant qui bénéficie d’une libération conditionnelle ou d’office ou d’une permission de sortir sans escorte est réputé continuer — tant qu’il a le droit d’être en liberté — de purger sa peine d’emprisonnement jusqu’à l’expiration légale de celle-ci: par. 128(1). Or, cette disposition s’applique dans tous les cas, même lorsque la peine d’emprisonnement qui a été infligée est une peine minimale obligatoire.

La *Loi sur les armes à feu* a une incidence, très minime toutefois, sur l’exécution des peines minimales obligatoires en ce qu’elle a modifié un article de l’annexe I de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*. On trouve, à cette annexe, la liste des infractions à l’égard desquelles le tribunal qui détermine la peine a le pouvoir d’allonger le temps d’épreuve, pour l’admissibilité à la libération conditionnelle totale, de la moitié de la peine à concurrence de dix ans, remplaçant ainsi le temps d’épreuve

25

26

referring to, among other sections, s. 743.6 of the *Code*. In s. 165, the *Firearms Act* amends Schedule I to include using an imitation firearm in the commission of an offence, as prohibited by s. 85(2) of the *Code*.

habituel pour l'admissibilité à la libération conditionnelle totale, soit un tiers de la peine à concurrence de sept ans: par. 120(1) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, qui renvoie, entre autres, à l'art. 743.6 du *Code*. L'article 165 de la *Loi sur les armes à feu* modifie l'annexe I en ajoutant à la liste des infractions celle prévue au par. 85(2) du *Code*, soit l'usage d'une fausse arme à feu lors de la perpétration d'une infraction.

27

This slight amendment of the *Corrections and Conditional Release Act* by the *Firearms Act* suggests that while Parliament turned its mind to the administration of sentences when it was introducing the firearms-related minimum sentences, it did not see fit to alter the general administration of sentences in a way that would distinguish the new mandatory minimums from other sentences. It therefore follows that a rigid interpretation of s. 719(3), which suggests that time served before sentence cannot be credited to reduce a minimum sentence because it would offend the requirement that nothing short of the minimum be served, does not accord with the general management of minimum sentences, which are in every other respect "reduced" like all others, even to below the minimum.

Cette légère modification de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* par la *Loi sur les armes à feu* tend à indiquer que, bien que le législateur se soit attardé à la question de l'exécution des peines lorsqu'il a introduit les peines minimales applicables en cas d'usage d'armes à feu, il n'a pas estimé qu'il convenait de modifier le régime général d'exécution des peines de façon à distinguer les nouvelles peines minimales obligatoires des autres peines. Il s'ensuit donc que l'interprétation stricte du par. 719(3), c'est-à-dire l'interprétation voulant que la période passée sous garde par le délinquant avant le prononcé de sa peine ne puisse être comptée à son actif parce que cela irait à l'encontre de l'exigence selon laquelle la période d'emprisonnement purgée par ce dernier ne doit pas être inférieure à la peine minimale prévue, est incompatible avec le régime général d'exécution des peines minimales, peines qui, à tous autres égards, sont «réduites» comme toutes les autres peines, même en deçà de la durée minimale prescrite.

28

In addition, and in contrast to statutory remission or parole, pre-sentence custody is time actually served in detention, and often in harsher circumstances than the punishment will ultimately call for. In *R. v. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), to which several lower courts have referred in their consideration of pre-sentencing custody, Laskin J.A. succinctly summarizes the particular features of pre-trial custody that result in its frequent characterization as "dead time" at p. 104:

De plus, par opposition à la réduction légale de peine ou à la libération conditionnelle, la période passée sous garde avant le prononcé de la peine est véritablement passée en détention, souvent dans des circonstances plus pénibles que celles dans lesquelles sera purgée la peine infligée en bout de ligne. Dans *R. c. Rezaie* (1996), 112 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), arrêt dont plusieurs tribunaux de juridiction inférieure ont fait état dans l'examen de la question de la période de détention présentencielle, le juge Laskin a résumé succinctement les caractéristiques particulières de cette période de détention que l'on qualifie fréquemment de «temps mort», à la p. 104:

... in two respects, pre-trial custody is even more onerous than post-sentencing custody. First, other than for a sentence of life imprisonment, legislative provisions for parole eligibility and statutory release do not take into account time spent in custody before trial (or before sentencing). Second, local detention centres ordinarily do not provide educational, retraining or rehabilitation programs to an accused in custody waiting trial.

As this quotation from *Rezaie* demonstrates, pre-sentencing custody, pre-trial custody, pre-disposition custody and “dead time” are all used to refer to the time spent by an accused person in detention prior to conviction and sentencing. For the purposes of this decision, I consider all these terms to refer to the same thing; however, I prefer “pre-sentencing custody” as it most accurately captures all the time an offender may have spent in custody prior to the imposition of sentence.

Several years ago, Professor Martin L. Friedland published an important study of pre-sentencing custody in which he referred to Professor Caleb Foote’s Comment on the New York Bail Study project, noting that “accused persons . . . are confined pending trial under conditions which are more oppressive and restrictive than those applied to convicted and sentenced felons”: *Detention Before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates’ Courts* (1965), at p. 104. As Rosenberg J.A. noted in *McDonald*, *supra*, at p. 72: “There has been little change in the conditions under which remand prisoners are held in this province in the almost forty years since Professor Friedland did his study”. Considering the severe nature of pre-sentencing custody, and that the accused person is in fact deprived of his or her liberty, credit for pre-sentencing custody is arguably less offensive to the concept of a minimum period of incarceration than would be the granting of statutory remission or parole. It is therefore ironic that the applicability of s. 719(3) has encountered such difficulties in the case of minimum sentences,

[TRADUCTION] . . . à deux égards, la période passée sous garde avant le procès est encore plus pénible que celle qui suit le prononcé de la peine. Premièrement, sauf dans le cas de l’emprisonnement à perpétuité, les dispositions législatives touchant l’admissibilité à la libération conditionnelle et la libération d’office ne prennent pas en compte la période passée sous garde par le délinquant avant le procès (ou le prononcé de sa peine). Deuxièmement, les centres de détention locaux n’offrent habituellement pas de programmes d’enseignement, de recyclage ou de réadaptation aux accusés qui attendent leur procès.

Comme le démontre cet extrait de l’arrêt *Rezaie*, les expressions détention présentencielle, détention avant le procès, détention avant le verdict et «temps mort» sont toutes utilisées pour désigner la période passée sous garde avant la déclaration de culpabilité et la détermination de la peine. Pour les fins de la présente décision, je considère que toutes ces expressions signifient la même chose; cependant, je préfère utiliser l’expression «détention présentencielle», car il s’agit de celle qui désigne le plus fidèlement la période qu’un contrevenant a pu passer sous garde avant le prononcé de sa peine.

Il y a plusieurs années, le professeur Martin L. Friedland a publié une importante étude sur la détention présentencielle, dans laquelle il référerait au *Comment on the New York Bail Study* du professeur Caleb Foote, soulignant que [TRADUCTION] «les accusés qui attendent leur procès [. . .] sont détenus dans des conditions plus sévères et restrictives que celles auxquelles sont assujettis les criminels qui ont été déclarés coupables et condamnés à leur peine»: *Detention Before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates’ Courts* (1965), à la p. 104. Comme l’a souligné le juge Rosenberg dans l’arrêt *McDonald*, précité, à la p. 72 [TRADUCTION] «Très peu de changements ont été apportés aux conditions de détention provisoire dans la province au cours de la période de presque quarante ans qui s’est écoulée depuis l’étude du professeur Friedland». Compte tenu du caractère rigoureux de la détention présentencielle et du fait que le délinquant est alors concrètement privé de sa liberté, il est possible d’affirmer que le fait d’accorder une réduction pour cette période porte moins atteinte au concept de période

simply because the “interference” with the minimum is at the initial sentence determination stage and thus more readily apparent.

minimale d’incarcération que la réduction légale de peine ou la libération conditionnelle. Il est par conséquent ironique que l’applicabilité du par. 719(3) ait suscité tant de difficultés dans le cas des peines minimales, du seul fait que l’«atteinte» à leur intégralité survienne dès le moment où elles sont infligées et qu’elle soit, de ce fait, plus évidente.

31

As was pointed out by Rosenberg J.A. in *McDonald* at p. 73, Parliament enacted the forerunner to s. 719(3) of the *Criminal Code* as part of the *Bail Reform Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 2, for the very specific purpose of ensuring that the well-established practice of sentencing judges to give credit for time served while computing a sentence would be available even to reduce a sentence below the minimum fixed by law. During the second reading of what was then Bill C-218, *An Act to amend the provisions of the Criminal Code relating to the release from custody of accused persons before trial or pending appeal*, Justice Minister John Turner described Parliament’s intention regarding what is now s. 719(3):

Comme l’a mentionné le juge Rosenberg dans l’arrêt *McDonald*, à la p. 73, le Parlement a édicté, dans la *Loi sur la réforme du cautionnement*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 2, la disposition qui est devenue le par. 719(3) du *Code criminel* précisément pour faire en sorte que la pratique bien établie qu’appliquaient les juges déterminant la peine et qui consistait à prendre en compte la période passée sous garde par le délinquant dans le calcul de la durée de sa peine puisse même être utilisée pour réduire celle-ci en deçà du minimum fixé par la loi. Durant la deuxième lecture du projet de loi C-218, *Loi modifiant les dispositions du Code criminel relatives à la mise en liberté des prévenus avant le procès ou pendant l’appel*, le ministre de la Justice de l’époque, John Turner, a décrit ainsi l’intention du législateur relativement à la disposition qui est maintenant le par. 719(3):

Generally speaking, the courts in deciding what sentence to impose on a person convicted of an offence take into account the time he has spent in custody awaiting trial. However, under the present Criminal Code, a sentence commences only when it is imposed, and the court’s hands are tied in those cases where a minimum term of imprisonment must be imposed. In such cases, therefore, the court is bound to impose not less than the minimum sentence even though the convicted person may have been in custody awaiting trial for a period in excess of the minimum sentence. The new version of the bill would permit the court, in a proper case, to take this time into account in imposing sentence.

[TRADUCTION] En général, les tribunaux, en décidant de la peine à imposer à un inculpé, tiennent compte de la période de détention en attendant le procès. Cependant, selon le Code criminel, actuellement, une peine ne commence à être purgée que lorsqu’elle est imposée et les tribunaux ont les mains liées dans les cas où une peine d’emprisonnement minimum doit être infligée. Dans ces cas, le tribunal ne peut pas imposer moins que la peine minimum, même si l’inculpé, en attendant son procès, a été détenu plus longtemps que la durée de la peine minimum. La nouvelle version du bill permettrait au tribunal, dans un cas approprié, de tenir compte de la période de détention en imposant une peine.

(*House of Commons Debates*, 3rd Sess., 28th Parl., Vol. 3, February 5, 1971, at p. 3118.)

(*Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 28 lég., vol. 3, 5 février 1971, à la p. 3118.)

32

Counsel for the respondent has directed this Court’s attention to the remarks of then Justice Minister Allan Rock concerning Bill C-68, *An Act respecting firearms and other weapons*, during the House of Commons debates and before the

L’avocat de l’intimée a attiré l’attention de notre Cour sur les remarques qu’a formulées, en 1995, le ministre de la Justice, Allan Rock, à propos du projet de loi C-68, *Loi concernant les armes à feu et certaines autres armes*, au cours des débats à la

Standing Committee on Justice and Legal Affairs. On these occasions, the Justice Minister articulated Parliament's intention that the new mandatory minimum sentences for firearms-related offences act as a strong deterrent to the use of guns in crime. See *House of Commons Debates*, Vol. 133, No. 154, 1st Sess., 35th Parl., February 16, 1995, at pp. 9706 *et seq.*; House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Evidence*, April 24, 1995, Meeting No. 105, and May 19, 1995, Meeting No. 147. However, when Parliament enacted s. 344(a) as part of the *Firearms Act* in 1995, Parliament did not also modify s. 719(3), to exempt this new minimum sentence from its application, any more than it modified the applicability of the provisions of the *Corrections and Conditional Release Act* to mandatory minimum sentences. For the courts to exempt s. 344(a) from the application of s. 719(3), enacted specifically to apply to mandatory minimum sentences, would therefore defeat the intention of Parliament.

All of the above suggests that if indeed s. 719(3) had to be interpreted such as to prevent credit being given for time served in detention prior to sentencing under a mandatory minimum offence, the result would be offensive both to rationality and to justice. Fortunately, as was admirably explained by Rosenberg J.A. in *McDonald*, *supra*, this result is avoided through the application of sound principles of statutory interpretation.

In his judgment, Rosenberg J.A. employed several well-established rules of statutory interpretation to conclude as he did, at p. 69, that s. 719(3) provides sentencing judges with a "substantive power to count pre-sentence custody in fixing the length of the sentence". I agree with his analysis. In particular, I approve of his reference to the principle that provisions in penal statutes, when ambiguous, should be interpreted in a manner favourable

Chambre des communes ainsi que devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques. À ces occasions, le ministre de la Justice a indiqué que le législateur entendait que les nouvelles peines minimales obligatoires prescrites relativement aux infractions liées à l'usage des armes à feu jouent un rôle dissuasif important à l'égard de ces infractions. Voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 154, 1^{re} sess., 35^e lég., 16 février 1995, aux pp. 9706 et suiv.; Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Témoignages*, 24 avril 1995, séance n° 105, et 19 mai 1995, séance n° 147. Cependant, lorsqu'il a édicté l'al. 344a), dans la *Loi sur les armes à feu* en 1995, le législateur n'a toutefois pas modifié le par. 719(3) pour soustraire à son application la nouvelle peine minimale établie par l'al. 344a), ni modifié l'applicabilité des dispositions de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* aux peines minimales obligatoires. Si les tribunaux soustrayaient l'al. 344a) à l'application du par. 719(3), qui a été adopté précisément à l'égard des peines minimales obligatoires, ils se trouveraient à contrecarrer l'intention du législateur.

Tout ce qui précède tend à indiquer qu'il serait contraire à la rationalité et à la justice d'interpréter le par. 719(3) d'une manière qui aurait pour effet d'empêcher les tribunaux d'accorder aux délinquants déclarés coupables d'une infraction à l'égard de laquelle une peine minimale est prévue une réduction pour la période qu'ils ont purgée en détention présentencielle. Heureusement, comme l'a admirablement expliqué le juge Rosenberg de la Cour d'appel dans l'arrêt *McDonald*, précité, l'application de judicieux principes d'interprétation des lois permet d'éviter un tel résultat.

À la page 69 de ses motifs, après avoir appliqué plusieurs règles d'interprétation législative bien établies, le juge Rosenberg a estimé que le par. 719(3) confère au juge qui détermine la peine le [TRADUCTION] «pouvoir substantiel de prendre en compte la période de détention présentencielle lorsqu'il fixe la durée de la peine». Je suis d'accord avec son analyse. Je souscris en particulier au renvoi qu'il fait aux principes suivants: les disposi-

33

34

to the accused (see *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at para. 29, *per* Lamer C.J.); to the need to interpret legislation so as to avoid conflict between its internal provisions, to avoid absurd results by searching for internal coherence and consistency in the statute; and finally, where a provision is capable of more than one interpretation, to choose the interpretation which is consistent with the *Charter: Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, *per* Lamer J. (as he then was). Without repeating Rosenberg J.A.'s analysis here, I wish to make a few observations.

B. *The Distinction Between Punishment and Sentence*

35

Rosenberg J.A. relied on the distinction between the meaning of the words "punishment" and "sentence", the former being used in s. 344(a) and the latter in s. 719(3). I set out the relevant provisions again, for ease of reference:

344. Every person who commits robbery is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years;

719. . . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence. [Emphasis added.]

36

The distinction between "sentence" and "punishment" was developed by the Canadian Sentencing Commission in its 1987 report, *Sentencing Reform: A Canadian Approach*, at pp. 110 *et seq.* In summary, Rosenberg J.A. emphasized at pp. 76-78 that "sentencing" is a judicial determination of a legal sanction, in contrast to "punishment" which is the actual infliction of the legal sanction. While this distinction is helpful, I do not think that it is fundamental to sustain the conclusion that s. 719(3) may be applied to s. 344(a). The French version does not employ a similar distinction in the

tions d'une loi pénale ambiguë doivent être interprétées en faveur de l'accusé (voir *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, au par. 29, le juge en chef Lamer); il faut interpréter un texte de loi de façon à éviter toute contradiction entre ses dispositions et tout résultat absurde, en s'efforçant d'assurer la cohérence et la logique internes du texte; enfin, lorsqu'une disposition législative peut être interprétée de plus d'une façon, il faut retenir celle qui est compatible avec les droits et libertés garantis par la *Charte: Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef). Sans reprendre toute l'analyse du juge Rosenberg, j'aimerais tout de même faire quelques observations.

B. *La distinction entre les mots anglais «punishment» et «sentence»*

Le juge Rosenberg s'est fondé sur la distinction qui existe, sur le plan sémantique, entre les mots anglais «*punishment*» et «*sentence*», le premier étant utilisé à l'al. 344a) et le second au par. 719(3). Je reproduis les dispositions pertinentes pour en faciliter la consultation:

344. Every person who commits robbery is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years;

719. . . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence. [Je souligne.]

C'est la Commission canadienne sur la détermination de la peine qui a établi la distinction entre ces mots dans le rapport qu'elle a produit en 1987 et qui s'intitule *Réformer la sentence: une approche canadienne*, aux pp. 121 et suiv. En résumé, le juge Rosenberg a souligné, aux pp. 76 à 78, que le «*sentencing*» est la détermination par le tribunal d'une sanction légale, alors que le mot «*punishment*» s'entend du fait même d'infliger cette sanction. Bien que cette distinction soit utile, elle n'est pas, selon moi, essentielle pour étayer la conclusion que le par. 719(3) peut être appliqué à

language of the two sections. In French, the expression “*la peine*” is used interchangeably for “punishment” (s. 344(a)), for “sentencing” (marginal note to s. 718.2) and for “sentence” (i.e., ss. 718.2 and 719). However, the expression “punishment” which is used twice in s. 718.3(1), is referred to in French first as “*de peine*” and the second time, in the same sentence, as “*la punition*”. What is fundamental is less the words chosen, in the French or English version, but the concepts that they carry. Again, for ease of reference, I set out some of these provisions:

344. Quiconque commet un vol qualifié est coupable d'un acte criminel passible:

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans . . .

718.3 (1) Lorsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction.

719. . . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction. [Emphasis added.]

Overall, both versions lead to the same conclusion, since the French phrase in s. 719(3), “[p]our fixer la peine” places the emphasis on the sentencing judge’s role of calculating the appropriate sentence, and in doing so, provides the discretion for considering the amount of time already spent in custody by the convicted offender in relation to the offence. Since these sections refer to “*la peine*”, it seems logical to conclude that in determining “*la peine minimale*” it is acceptable to apply s. 719(3), since “*la peine minimale*” is merely a subset of “*la peine*” generally, and has not been excluded expressly from the operation of s. 719(3). No violence is done to the language of the *Code* when the sections are read together, in French or in English,

l'al. 344a). Il n'y a pas, dans la version française, de distinction similaire dans le texte des deux articles. En français, l'expression «la peine» est utilisée indistinctement pour rendre «*punishment*» (al. 344a)), «*sentencing*» (note marginale de l'art. 718.2) et «*sentence*» (aux art. 718.2 et 719). Cependant, le mot «*punishment*» est utilisé à deux reprises au par. 718.3(1), où il est rendu, en français, par les expressions «de peine» dans le premier cas et «la punition», plus loin dans la même phrase. Ce n'est pas tant les mots utilisés dans les versions française et anglaise qui importent, mais plutôt les concepts qu'ils désignent. Une fois de plus, par souci de commodité, je reproduis certaines de ces dispositions:

344. Quiconque commet un vol qualifié est coupable d'un acte criminel passible:

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans . . .

718.3 (1) Lorsqu'une disposition prescrit différents degrés ou genres de peine à l'égard d'une infraction, la punition à infliger est, sous réserve des restrictions contenues dans la disposition, à la discrétion du tribunal qui condamne l'auteur de l'infraction.

719. . . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction. [Je souligne.]

En bout de ligne, les deux versions mènent à la même conclusion, étant donné que l'expression «[p]our fixer la peine» qui figure dans la version française du par. 719(3) met l'accent sur le rôle du juge, savoir le calcul de la peine d'emprisonnement appropriée et, ce faisant, lui accorde le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte la période que la personne déclarée coupable a déjà passée sous garde relativement à l'infraction en cause. Or, comme le texte français de ces dispositions parlent de «la peine», il semble logique de déduire qu'il est acceptable d'appliquer le par. 719(3) pour déterminer «la peine minimale», puisque cette dernière n'est qu'une manifestation de la notion générale exprimée par les mots

and are understood to mean, as Parliament intended, that an offender will receive a minimum sentence of four years, to commence when it is imposed, and calculated with credit given for time served.

C. *The Effect of Pre-sentencing Custody on the Legally Detained Accused*

38 I have already commented on the usually harsh nature of pre-sentencing custody and referred to the frequent characterization of this detention as “dead time”. Some further comments are required.

39 Counsel for the respondent urged this Court to consider the apparent fallacy of recognizing pre-sentencing custody as punishment, since it is commonly recognized that Canadian law does not punish innocent citizens. Rosenberg J.A. in *McDonald*, *supra*, at p. 77, noted that “accused persons are not denied bail to punish them before their guilt has been determined”. He referred to this Court’s decision in *R. v. Pearson*, [1992] 3 S.C.R. 665, at pp. 687-88, where Lamer C.J. held that the presumption of innocence as guaranteed by s. 11(d) of the *Charter* has “no application at the bail stage of the criminal process, where the guilt or innocence of the accused is not determined and where punishment is not imposed”.

40 Counsel for the respondent also referred to this passage from *Pearson* to support the contention that pre-trial custody may not be considered as part of the offender’s punishment. With respect, it is important to consider the broader context of Lamer C.J.’s comments. At that point in the *Pearson* judgment (at pp. 687-88), Lamer C.J. was elaborating on the specific understanding of

«la peine», et qu’elle n’a pas été expressément exclue du champ d’application du par. 719(3). On ne fait nullement violence au texte du *Code* en lisant ensemble ces dispositions, que ce soit en français ou en anglais, et en considérant qu’ils signifient, comme l’entendait le législateur, que le délinquant est condamné à une peine minimale de quatre ans d’emprisonnement qui commence la journée où elle lui est infligée et qui est calculée en portant à son actif la période qu’il a déjà passée sous garde.

C. *L’effet de la détention présentencielle sur l’accusé légalement détenu*

J’ai commenté plus tôt le caractère généralement pénible de la détention présentencielle et mentionné qu’on qualifiait fréquemment cette période de «temps mort». D’autres remarques s’imposent.

L’avocat de l’intimée a invité notre Cour à tenir compte de l’erreur manifeste que constitue le fait de considérer la détention présentencielle comme une peine, puisqu’il est généralement admis que le droit canadien ne punit pas les citoyens innocents. Dans *McDonald*, précité, à la p. 77, le juge Rosenberg a indiqué [TRADUCTION] «qu’on ne prive pas de la liberté sous caution les personnes accusées d’un crime pour les punir avant qu’elles aient été déclarées coupables». Il a fait état de l’arrêt *R. c. Pearson*, [1992] 3 R.C.S. 665, de notre Cour, dans lequel le juge en chef Lamer a conclu, aux pp. 687 et 688, que la présomption d’innocence garantie par l’al. 11d) de la *Charte* «n’est pas applicable à l’étape de la mise en liberté sous caution, étape du processus pénal à laquelle la culpabilité ou l’innocence du prévenu n’est pas déterminée et où aucune peine n’est imposée».

L’avocat de l’intimée a également invoqué cet extrait de l’arrêt *Pearson* pour étayer sa prétention que la détention avant le procès ne peut pas être considérée comme faisant partie de la peine infligée au délinquant. En toute déférence, j’estime qu’il importe de tenir compte du contexte plus global des remarques du juge en chef Lamer. À cet endroit de ses motifs dans *Pearson* (aux pp. 687 et 688), le juge en chef Lamer donnait des explications sur l’effet particulier de la présomption

the s. 11(d) presumption of innocence in the trial context:

Thus the effect of s. 11(d) is to create a procedural and evidentiary rule at trial that the prosecution must prove guilt beyond a reasonable doubt. This procedural and evidentiary rule has no application at the bail stage of the criminal process, where the guilt or innocence of the accused is not determined and where punishment is not imposed. Accordingly, s. 515(6)(d) does not violate s. 11(d). [Emphasis added.]

Looking at this larger context, one cannot conclude that Lamer C.J. was proposing that pre-sentencing custody could never be viewed as punishment or that it could not retroactively be treated as part of the punishment, as provided for by s. 719(3).

To maintain that pre-sentencing custody can never be deemed punishment following conviction because the legal system does not punish innocent people is an exercise in semantics that does not acknowledge the reality of pre-sentencing custody so carefully delineated by Laskin J.A., in *Rezaie*, *supra*, and by Gary Trotter in his text, *The Law of Bail in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 37:

Remand prisoners, as they are sometimes called, often spend their time awaiting trial in detention centres or local jails that are ill-suited to lengthy stays. As the Ouimet Report stressed, such institutions may restrict liberty more than many institutions which house the convicted. Due to overcrowding, inmate turnover and the problems of effectively implementing programs and recreation activities, serving time in such institutions can be quite onerous.

Therefore, while pre-trial detention is not intended as punishment when it is imposed, it is, in effect, deemed part of the punishment following the offender's conviction, by the operation of

d'innocence prévue à l'al. 11d) dans le cadre du procès:

Ainsi, l'al. 11d) a pour effet de créer une règle de procédure et de preuve applicable au procès: le ministère public doit prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Cette règle de procédure et de preuve n'est pas applicable à l'étape de la mise en liberté sous caution, étape du processus pénal à laquelle la culpabilité ou l'innocence du prévenu n'est pas déterminée et où aucune peine n'est imposée. Par conséquent, l'al. 515(6)d) ne porte pas atteinte à l'al. 11d). [Je souligne.]

Eu égard à ce contexte plus global, on ne saurait conclure que le juge en chef Lamer affirmait que la détention présentencielle ne peut jamais être considérée comme une peine, ni qu'une telle détention ne peut rétroactivement être considérée comme faisant partie de celle-ci, comme le prévoit le par. 719(3).

Prétendre que la détention présentencielle ne peut jamais être réputée constituer une peine après la déclaration de culpabilité — parce que le système judiciaire ne punit pas des personnes innocentes — est un exercice de sémantique qui ne tient pas compte de la réalité de cette détention, si soigneusement décrite par le juge Laskin dans l'arrêt *Rezaie*, précité, et par Gary Trotter, dans son ouvrage intitulé *The Law of Bail in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 37:

[TRADUCTION] Souvent, les prévenus en détention provisoire, comme on les appelle parfois, attendent leur procès dans des centres de détention ou des prisons locales qui ne conviennent pas à de longs séjours. Comme on l'a souligné dans le rapport Ouimet, il arrive que dans de tels établissements la liberté des prévenus soit davantage restreinte que dans bon nombre d'établissements où sont incarcérées les personnes qui ont été déclarées coupables. L'entassement des prévenus, le renouvellement constant de la population carcérale et la difficulté de mettre efficacement en œuvre des programmes et des activités récréatives font qu'il peut s'avérer très pénible d'être détenu dans de tels établissements.

En conséquence, bien que la détention avant le procès ne se veuille pas une sanction lorsqu'elle est infligée, elle est, de fait, réputée faire partie de la peine après la déclaration de culpabilité du

s. 719(3). The effect of deeming such detention punishment is not unlike the determination, discussed earlier in these reasons, that time spent lawfully at large while on parole is considered nonetheless a continuation of the offender's sentence of incarceration.

délinquant, par l'application du par. 719(3). Le fait d'assimiler ce type de détention à une peine n'est pas sans rappeler l'observation, analysée plus tôt dans les présents motifs, que le délinquant qui bénéficie d'une libération conditionnelle continue, tant qu'il a le droit d'être en liberté, de purger sa peine d'emprisonnement.

42

If this Court were to conclude that the discretion provided by s. 719(3) to consider pre-sentencing custody was not applicable to the mandatory minimum sentence of s. 344(a), it is certain that unjust sentences would result. First, courts would be placed in the difficult situation of delivering unequal treatment to similarly situated offenders: for examples, see *McDonald*, *supra*, at pp. 80-81. Secondly, because of the gravity of the offence and the concern for public safety, many persons charged under s. 344(a), even first time offenders, would often be remanded in custody while awaiting trial. Consequently, discrepancies in sentencing between least and worst offenders would increase, since the worst offender, whose sentence exceeded the minimum would benefit from pre-sentencing credit, while the first time offender whose sentence would be set at the minimum, would not receive credit for his or her pre-sentencing detention. An interpretation of s. 719(3) and s. 344(a) that would reward the worst offender and penalize the least offender is surely to be avoided.

Si notre Cour jugeait que le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte la période de détention présentencielle conféré par le par. 719(3) ne s'applique pas à la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 344a), des peines injustes ne manqueraient certainement pas d'en résulter. Premièrement, les tribunaux se trouveraient dans une situation difficile, car ils devraient réserver des traitements différents à des délinquants dans des situations similaires: pour des exemples de tels cas, voir l'arrêt *McDonald*, précité, aux pp. 80 et 81. Deuxièmement, il arriverait souvent que, en raison de la gravité de l'infraction en cause et par souci d'assurer la sécurité du public, des personnes accusées de l'infraction prévue à l'al. 344a) soient envoyées en détention jusqu'à leur procès, même s'il s'agit d'une première infraction. En conséquence, l'écart entre les peines infligées aux délinquants les moins dangereux et les plus dangereux s'accroîtrait, puisque ces derniers, du fait qu'ils reçoivent des peines supérieures au minimum prévu, profiteraient d'une réduction de peine fondée sur la période de détention présentencielle, alors que les délinquants qui n'en sont qu'à leur première infraction et qui se voient infliger la peine minimale ne bénéficieraient pas de cette réduction. Il faut certes écarter toute interprétation du par. 719(3) et de l'al. 344a) qui aurait pour effet de profiter aux délinquants les plus dangereux et de pénaliser les délinquants les moins dangereux.

43

These examples of the absurd results we could expect from an exclusion of the application of s. 719(3) to mandatory minimum sentences, such as that provided by s. 344(a), are further indication that Parliament intended these two sections to be interpreted harmoniously and consistently within

Ces exemples de résultats absurdes auxquels serait susceptible de donner lieu l'exclusion de l'application du par. 719(3) aux peines minimales obligatoires, telle celle prévue à l'al. 344a), sont une autre indication du fait que le législateur entendait que ces deux articles soient interprétés de

the overall context of the criminal justice system's sentencing regime.

D. *Calculating the Amount of Credit for Pre-sentence Custody*

I see no advantage in detracting from the well-entrenched judicial discretion provided in s. 719(3) by endorsing a mechanical formula for crediting pre-sentencing custody. As we have re-affirmed in this decision, the goal of sentencing is to impose a just and fit sentence, responsive to the facts of the individual offender and the particular circumstances of the commission of the offence. I adopt the reasoning of Laskin J.A., *supra*, in *Rezaie*, *supra*, at p. 105, where he noted that:

... provincial appellate courts have rejected a mathematical formula for crediting pre-trial custody, instead insisting that the amount of time to be credited should be determined on a case by case basis. ... Although a fixed multiplier may be unwise, absent justification, sentencing judges should give some credit for time spent in custody before trial (and before sentencing). [Citations omitted.]

In the past, many judges have given more or less two months credit for each month spent in pre-sentencing detention. This is entirely appropriate even though a different ratio could also be applied, for example if the accused has been detained prior to trial in an institution where he or she has had full access to educational, vocational and rehabilitation programs. The often applied ratio of 2:1 reflects not only the harshness of the detention due to the absence of programs, which may be more severe in some cases than in others, but reflects also the fact that none of the remission mechanisms contained in the *Corrections and Conditional Release Act* apply to that period of detention. "Dead time" is "real" time. The credit cannot and need not be determined by a rigid formula and is thus best left

façon harmonieuse et cohérente dans le contexte général du régime de détermination de la peine du système de justice criminelle.

D. *Calcul de la réduction de peine pour détention présentencielle*

Je ne vois aucun avantage à porter atteinte au pouvoir discrétionnaire bien établi dont disposent les tribunaux en vertu du par. 719(3) en avalisant une formule mécanique de réduction de la peine pour tenir compte de la période de détention présentencielle. Comme nous le réaffirmons dans les présents motifs, l'objectif de la détermination de la peine est l'infliction d'une peine juste et appropriée, qui prend en compte la situation du délinquant et les circonstances particulières de la perpétration de l'infraction. Je fais mien le raisonnement suivant du juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *Rezaie*, précité, à la p. 105:

[TRADUCTION]... les cours d'appel provinciales ont rejeté l'application d'une formule mathématique de réduction de la peine pour tenir compte de la période de détention avant le procès, insistant plutôt sur le fait que la période à retrancher de la peine doit être déterminée au cas par cas [...] Bien qu'il ne soit peut-être pas judicieux d'adopter un multiplicateur fixe, le juge qui détermine la peine doit, à moins de justifier son abstention de le faire, accorder une certaine réduction de peine pour tenir compte de la période passée sous garde par le délinquant avant son procès (et le prononcé de sa peine). [Références omises.]

Dans le passé, nombre de juges ont retranché environ deux mois à la peine du délinquant pour chaque mois de détention présentencielle. Cette façon de faire est tout à fait convenable, quoiqu'un autre rapport puisse aussi être appliqué, par exemple si l'accusé a été détenu avant son procès dans un établissement où il avait pleinement accès à des programmes d'enseignement, de formation professionnelle ou de réadaptation. Le rapport de 2 pour 1 qui est souvent appliqué reflète non seulement la rigueur de la détention en raison de l'absence de programmes, rigueur qui peut être plus grande dans certains cas que dans d'autres, mais également le fait qu'aucun des mécanismes de réduction de la peine prévus par la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condi-*

44

45

to the sentencing judge, who remains in the best position to carefully weigh all the factors which go toward the determination of the appropriate sentence, including the decision to credit the offender for any time spent in pre-sentencing custody.

V. Disposition of the Appeal

46

I would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal. I would reinstate the sentence imposed on the appellant by Grist J., who granted the appellant one year's credit for his seven months of pre-sentencing custody, and sentenced him under s. 344(a) to three and one-half years' imprisonment. The concurrent sentence of one year for possession of a restricted weapon would remain unaffected by these reasons.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: Harry G. Stevenson, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

tion ne s'applique à cette période de détention. Le «temps mort» est de la détention «concrète». Comme la période à retrancher ne peut ni ne doit être établie au moyen d'une formule rigide, il est par conséquent préférable de laisser au juge qui détermine la peine le soin de calculer cette période, car c'est encore lui qui est le mieux placé pour apprécier soigneusement tous les facteurs permettant d'arrêter la peine appropriée, y compris l'opportunité d'accorder une réduction pour la période de détention présentencielle.

V. Le dispositif

J'accueillerais le pourvoi et j'annulerais la décision de la Cour d'appel. Je rétablirais la peine infligée à l'appelant par le juge Grist, qui avait retranché une année de celle-ci pour tenir compte de la période de sept mois et demi passée sous garde par l'appelant avant le prononcé de sa peine, et lui avait imposé une peine de trois ans et demi d'emprisonnement en vertu de l'al. 344a). Les présents motifs n'ont aucune incidence sur la peine concurrente d'un an d'emprisonnement infligée pour le chef de possession d'une arme à autorisation restreinte.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelant: Harry G. Stevenson, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Kelly Neil Arthurs *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. ARTHURS

Neutral citation: 2000 SCC 19.

File No.: 26800.

1999: November 9; 2000: April 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Mandatory minimum sentences — Robbery — Criminal Code providing for mandatory minimum sentence of four years where firearm used in commission of robbery — Whether sentencing judge may reduce minimum sentence to take into account pre-sentencing custody — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 344(a), 719(3).

The accused pleaded guilty to robbery with a firearm. At the time of his sentencing, he had been in custody since his arrest approximately four months earlier. The sentencing judge imposed the minimum sentence of four years' imprisonment required by s. 344(a) of the *Criminal Code* and declined to apply s. 719(3) of the *Code* to take pre-sentencing custody into account. The accused's appeal against sentence was dismissed.

Held: The appeal should be allowed.

For the reasons given in *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, a sentencing judge may give credit for time served in pre-sentencing custody, even if that credit results in a sentence below the mandatory minimum, since mandatory minimum sentences must be

Kelly Neil Arthurs *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. ARTHURS

Référence neutre: 2000 CSC 19.

N^o du greffe: 26800.

1999: 9 novembre; 2000: 13 avril.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Peines minimales obligatoires — Vol qualifié — Peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue par le Code criminel en cas d'usage d'une arme à feu lors d'un vol qualifié — Le tribunal qui détermine la peine peut-il réduire la peine minimale pour tenir compte de la période passée sous garde avant le prononcé de la sentence? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 344a), 719(3).

L'accusé a plaidé coupable à une accusation de vol qualifié perpétré avec une arme à feu. Au moment de la détermination de sa peine, il était sous garde depuis son arrestation, environ quatre mois auparavant. Le tribunal chargé de déterminer la peine a infligé à l'accusé la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue par l'al. 344a) du *Code criminel* et a refusé d'appliquer le par. 719(3) du *Code* afin de prendre en compte la période qu'il avait passée sous garde avant le prononcé de la sentence. L'appel formé par l'accusé à l'encontre de la peine a été rejeté.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, le tribunal qui détermine la peine peut accorder au délinquant une réduction de sa peine pour tenir compte de toute période que ce dernier a passée sous garde avant le prononcé de celle-ci, même

interpreted and administered in a manner consistent with the criminal justice system's overall sentencing regime.

Cases Cited

Followed: *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; **referred to:** *R. v. Arrance*, [2000] 1 S.C.R. 488, 2000 SCC 20; *R. v. Brown* (1976), 36 C.R.N.S. 246.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 344 [repl. 1995, c. 39, s. 149], 719(1) [en. 1995, c. 22, s. 6], (3) [*idem*], 721(3) [rep. *idem*].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 107 B.C.A.C. 130, 174 W.A.C. 130, 125 C.C.C. (3d) 43, 17 C.R. (5th) 45, 53 C.R.R. (2d) 306, [1998] B.C.J. No. 1076 (QL), dismissing the accused's appeal against sentence. Appeal allowed.

James E. Turner, for the appellant.

Peter W. Ewert, Q.C., and *Geoffrey R. Gaul*, for the respondent.

David Finley, for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

¹ This appeal was heard at the same time as two other cases, *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, and *R. v. Arrance*, [2000] 1 S.C.R. 488, 2000 SCC 20, which are released concurrently with this decision. The issue is whether, when Parliament has imposed a mandatory minimum sentence, the court may deduct from that sentence the time spent by the offender in custody while await-

si cette réduction aboutit à une peine inférieure à la peine minimale prévue, étant donné que les peines minimales obligatoires doivent être interprétées et exécutées conformément au régime général de détermination de la peine du système de justice criminelle.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; **arrêts mentionnés:** *R. c. Arrance*, [2000] 1 R.C.S. 488, 2000 CSC 20; *R. c. Brown* (1976), 36 C.R.N.S. 246.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 344 [repl. 1995, ch. 39, art. 149], 719(1) [aj. 1995, ch. 22, art. 6], (3) [*idem*], 721(3) [abr. *idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 107 B.C.A.C. 130, 174 W.A.C. 130, 125 C.C.C. (3d) 43, 17 C.R. (5th) 45, 53 C.R.R. (2d) 306, [1998] B.C.J. No. 1076 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre la peine qui lui avait été infligée. Pourvoi accueilli.

James E. Turner, pour l'appelant.

Peter W. Ewert, c.r., et *Geoffrey R. Gaul*, pour l'intimée.

David Finley, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les affaires *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, et *R. c. Arrance*, [2000] 1 R.C.S. 488, 2000 CSC 20, dont les motifs ont également été déposés aujourd'hui. La question en litige est celle de savoir si, dans les cas où le législateur a établi une peine minimale obligatoire, les tribunaux peuvent déduire de cette peine la période

ing trial and sentence, if this has the effect of reducing the sentence pronounced by the court to less than the minimum provided by law. For the reasons I set out in *Wust*, s. 719(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which provides judges with the discretion to count pre-sentencing custody in fixing the length of the sentence, may be applied to the mandatory minimum sentence of four years' imprisonment for robbery while using a firearm under s. 344(a) of the *Code*. I determined in *Wust* that a sentencing judge may give credit for time served in pre-sentencing custody, even if that credit results in a sentence below the mandatory minimum, since this reflects the intention of Parliament that all sentences be administered consistently within the context of the criminal justice system's sentencing regime.

II. Factual Background and Judicial History

A. *Factual Background*

A brief review of the facts is necessary to dispose of this appeal. On March 19, 1996, the appellant robbed a store in Victoria, British Columbia. He was armed with an unloaded, sawed-off shotgun. He pointed the gun at the clerk and demanded money. After receiving about \$500, the appellant fled.

Six days later, on March 25, 1996, the appellant, carrying the same sawed-off shotgun, attempted to rob a convenience store. The appellant struggled with an employee of the store, knocking him down, and hitting him four times with the gun. The appellant fled the store without obtaining any money and was apprehended a short distance away.

que le délinquant a passée sous garde avant son procès et le prononcé de sa peine, lorsque, du fait de cette réduction, la peine infligée à ce dernier serait inférieure à la peine minimale prévue par la loi. Pour les motifs que j'ai exposés dans *Wust*, le par. 719(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 — qui confère aux juges le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte toute période que le contrevenant a passée sous garde avant le prononcé de sa peine lorsqu'ils en fixent la durée — peut être appliqué à la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue par l'al. 344a) du *Code*, pour l'infraction de vol qualifiée perpétrée avec usage d'une arme à feu. Dans l'arrêt *Wust*, j'ai jugé que le tribunal qui détermine la peine peut accorder au délinquant une réduction de sa peine pour tenir compte de toute période que ce dernier a passée sous garde avant le prononcé de sa peine, même si cette réduction aboutit à une peine inférieure à la peine minimale prévue, étant donné que cela reflète l'intention du législateur que toutes les peines soient exécutées de manière uniforme dans le cadre du régime de détermination de la peine du système de justice criminelle.

II. Les faits et l'historique des procédures judiciaires

A. *Les faits*

Il convient de faire un bref examen des faits pour trancher le présent pourvoi. Le 19 mars 1996, l'appelant a commis un vol qualifié dans un magasin de Victoria en Colombie-Britannique. Il était armé d'un fusil de chasse à canon tronqué, non chargé qu'il a braqué sur le commis en lui demandant de l'argent. Après avoir fait main basse sur environ 500 \$, l'appelant a pris la fuite.

Six jours plus tard, le 25 mars 1996, l'appelant, encore une fois armé du même fusil de chasse à canon tronqué, a tenté de commettre un vol qualifié dans un dépanneur. L'appelant a lutté avec un employé du dépanneur, l'a fait tomber et l'a frappé à quatre reprises avec son arme. L'appelant s'est enfui sans obtenir d'argent et a été appréhendé non loin de là.

4 The appellant was arrested and provided a warned statement to the police admitting both offences. He was 28 years old at the time with no previous convictions, although he had received a conditional discharge for possession of a prohibited weapon, a broken switch blade knife. The appellant entered a guilty plea. At the time of his sentencing, the appellant had been in custody for about four months.

B. *British Columbia Provincial Court*

5 In deciding whether to apply s. 721(3) of the *Criminal Code* (now s. 719(3)), to credit the four months that the appellant had spent in pre-sentencing custody to reduce the four-year minimum sentence he was facing under s. 344(a), Ehrcke Prov. Ct. J. relied on *R. v. Brown* (1976), 36 C.R.N.S. 246 (Ont. Co. Ct.), for the proposition that a general statutory provision yields to an express provision. Thus, Ehrcke Prov. Ct. J. held that s. 721(3) could not be applied to a s. 344(a) mandatory minimum sentence and the appellant was given no credit for the four months he spent in custody prior to sentencing.

6 Ehrcke Prov. Ct. J. imposed the minimum sentence of four years for the robbery, as well as a sentence of three years concurrent for the attempted robbery, and a 10-year prohibition against possession of firearms on each count.

C. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43

7 The appellant appealed his sentences, challenging the constitutionality of the mandatory minimum punishment of s. 344(a) as a violation of his s. 12 *Charter* right not to be subjected to cruel and unusual punishment or treatment and the refusal of the sentencing judge to make a deduction for time

L'appellant a été arrêté et, après avoir reçu la mise en garde d'usage, il a fait à la police une déclaration dans laquelle il a avoué être l'auteur des deux infractions. Âgé de 28 ans à l'époque, il n'avait aucune déclaration de culpabilité à son dossier, quoiqu'il ait déjà été absous sous conditions relativement à une infraction de possession d'une arme prohibée, soit un couteau à cran d'arrêt brisé. L'appellant a plaidé coupable. Il était sous garde depuis environ quatre mois au moment de la détermination de sa peine.

B. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

Pour décider si elle allait appliquer le par. 721(3) du *Code criminel* (maintenant le par. 719(3)) et réduire la peine minimale dont l'appellant était passible aux termes de l'al. 344a) en lui accordant une réduction pour tenir compte de la période de quatre mois qu'il avait passée sous garde en attendant le prononcé de sa peine, madame le juge Ehrcke a invoqué l'affaire *R. c. Brown* (1976), 36 C.R.N.S. 246 (C. cté Ont.), au soutien de la thèse qu'une disposition législative générale doit céder devant une disposition expresse. Elle a donc estimé que le par. 721(3) ne pouvait être appliqué à la peine minimale obligatoire prévue par l'al. 344a), et elle n'a pas pris en compte la période de quatre mois passée sous garde par l'appellant jusqu'au prononcé de sa peine.

Le juge Ehrcke a condamné l'appellant à la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement pour le vol qualifié, et à une peine concurrente de trois ans d'emprisonnement pour la tentative de vol qualifié, en plus de lui interdire d'avoir en sa possession des armes à feu pendant une période de dix ans relativement à chaque chef d'accusation.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43

L'appellant a formé appel contre les peines qui lui avaient été infligées, plaidant l'inconstitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 344a) pour le motif qu'elle porterait atteinte au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités que lui garantit l'art. 12 de

served. The appeal was heard and decided at the same time as four other sentencing appeals, all under s. 344(a). As previously noted, two of those appeals were also heard in this Court together with the present case: *Wust, supra*, and *Arrance, supra*.

McEachern C.J.B.C., writing for a unanimous court, upheld the constitutionality of s. 344(a) under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and also held that the correct interpretation of s. 344(a) mandated the imposition of a sentence of at least four years. Because s. 719(1) of the *Criminal Code* (formerly s. 721(1)) provides that a sentence begins when it is imposed, McEachern C.J.B.C. held that it was not possible to reduce a sentence to account for time served while awaiting sentence, if such a discount results in a sentence of less than the required minimum. Thus, in the appellant's case there was no variation in the sentence imposed by the sentencing judge and his appeal was dismissed.

III. Relevant Statutory Provisions

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

344. Every person who commits robbery is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; and

(b) in any other case, to imprisonment for life.

719. . . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

la *Charte canadienne des droits et libertés*, et contestant le refus du juge du procès de lui accorder une réduction de peine pour la période passée sous garde. L'appel a été entendu et tranché en même temps que quatre autres appels interjetés contre des peines infligées en vertu de l'al. 344a). Comme je l'ai souligné précédemment, deux de ces appels font également l'objet de pourvois que notre Cour a entendus en même temps que la présente affaire: *Wust*, précité, et *Arrance*, précité.

Le juge en chef McEachern, qui a rédigé la décision unanime de la Cour d'appel, a confirmé la validité constitutionnelle de l'al. 344a) au regard de l'art. 12 de la *Charte*, en plus de juger que, suivant l'interprétation qu'il convient de donner à l'al. 344a), une peine d'emprisonnement d'au moins quatre ans devait être infligée. Comme le par. 719(1) du *Code criminel* (auparavant le par. 721(1)) précise qu'une peine commence au moment où elle est infligée, le juge en chef McEachern a estimé qu'une peine ne pouvait être réduite pour prendre en compte la période que le contrevenant a passée sous garde en attendant le prononcé de sa peine, si cette réduction aboutit à une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi. En conséquence, la peine imposée à l'appelant par le juge du procès n'a pas été modifiée et l'appel a été rejeté.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

344. Quiconque commet un vol qualifié est coupable d'un acte criminel passible:

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

719. . . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

IV. Conclusion and Disposition

10 The only issue before this Court is whether the sentencing judge should have applied s. 719(3) to consider whether the appellant's sentence should be reduced to give credit for the time he had already served in custody in relation to these offences, and if so, by how much. For the reasons given in *Wust, supra*, I conclude that she should have done so.

11 This case, like *Arrance, supra*, illustrates again the absurdity and the unfairness that results from an interpretation of the *Criminal Code* that precludes granting credit for time served prior to sentencing. The appellant was detained following his guilty plea, but while awaiting sentence. Such delay is often necessary to permit the court to make a better informed decision about the appropriate sentence by obtaining input from a pre-sentence report, or otherwise through materials collected by the parties. This is particularly important in the case of a first-time offender about whom little may be known. It would be grossly unfair if this period of time, which after a guilty plea is undoubtedly part of the punishment, were to be added to the minimum required by law, rather than computed as part of it.

12 For these reasons and the reasons given in *Wust, supra*, I would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal. I would remit the matter to the sentencing judge for consideration of how much credit should be given to the appellant for the time served in pre-sentencing custody.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Gordon & Velletta, Victoria.

IV. La conclusion et le dispositif

La seule question dont est saisie notre Cour est celle de savoir si le juge du procès aurait dû appliquer le par. 719(3) pour décider si la peine imposée à l'appelant devait être réduite pour prendre en compte la période qu'il avait déjà passée sous garde relativement aux infractions commises et, dans l'affirmative, dans quelle mesure elle devait l'être. Pour les motifs que j'ai exposés dans *Wust, précité*, j'arrive à la conclusion que le juge du procès aurait dû appliquer cette disposition.

Tout comme l'affaire *Arrance, précitée*, le présent pourvoi illustre bien l'absurdité et l'iniquité qui résultent d'une interprétation du *Code criminel* ayant pour effet d'empêcher la prise en compte de la période passée sous garde avant la détermination de la peine. L'appelant a été détenu après avoir plaidé coupable, pendant qu'il attendait qu'on détermine sa peine. Un tel délai est souvent nécessaire afin de permettre au tribunal de décider de façon plus éclairée de la peine appropriée grâce à l'information contenue dans le rapport présentenciel ou dans d'autres documents rassemblés par les parties. Cette possibilité est particulièrement importante lorsqu'il s'agit d'une première condamnation pour le délinquant et qu'on dispose de peu de renseignements sur lui. Il serait extrêmement injuste que cette période qui, du fait qu'elle survient après le plaidoyer de culpabilité, fait incontestablement partie de la peine, soit ajoutée à la peine minimale prévue par la loi au lieu d'en être retranchée.

Pour les motifs qui précèdent et pour ceux exposés dans *Wust, précité*, j'accueillerais le pourvoi et j'annulerais l'arrêt de la Cour d'appel. Je renverrais l'affaire au tribunal qui a infligé la peine pour qu'il détermine dans quelle mesure il convient de réduire celle-ci afin de prendre en compte la période que l'appelant a passée sous garde en attendant que la peine soit prononcée.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Gordon & Velletta, Victoria.

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

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

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Christopher Ronald Arrance *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. ARRANCE

Neutral citation: 2000 SCC 20.

File No.: 26802.

1999: November 9; 2000: April 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Mandatory minimum sentences — Robbery — Criminal Code providing for mandatory minimum sentence of four years where firearm used in commission of robbery — Whether sentencing judge may reduce minimum sentence to take into account pre-sentencing custody — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 344(a), 719(3).

The accused pleaded guilty to one count of robbery while using a firearm. At the time of his sentencing, he had been in custody since his arrest almost three months earlier. Pursuant to s. 719(3) of the *Criminal Code*, the sentencing judge gave the accused credit for time served and sentenced him to three and one-half years' imprisonment. On appeal, the Court of Appeal imposed the minimum sentence of four years' imprisonment required by s. 344(a) of the *Code*.

Held: The appeal should be allowed.

For the reasons given in *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, a sentencing judge may give credit for time served in pre-sentencing custody, even if that credit results in a sentence below the mandatory minimum, since mandatory minimum sentences must be

Christopher Ronald Arrance *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. ARRANCE

Référence neutre: 2000 CSC 20.

N° du greffe: 26802.

1999: 9 novembre; 2000: 13 avril.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Peines minimales obligatoires — Vol qualifié — Peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue par le Code criminel en cas d'usage d'une arme à feu lors d'un vol qualifié — Le tribunal qui détermine la peine peut-il réduire la peine minimale pour tenir compte de la période passée sous garde avant le prononcé de la sentence? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 344a), 719(3).

L'accusé a plaidé coupable à une accusation de vol qualifié perpétré avec une arme à feu. Au moment de la détermination de sa peine, il était sous garde depuis son arrestation, près de trois mois auparavant. Conformément au par. 719(3) du *Code criminel*, le tribunal chargé de déterminer la peine a accordé à l'accusé une réduction de sa peine pour tenir compte de la période qu'il avait passée sous garde et l'a condamné à trois ans et demi d'emprisonnement. En appel, la Cour d'appel lui a infligé la peine minimale de quatre ans d'emprisonnement prescrite à l'al. 344a) du *Code*.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Pour les motifs exposés dans l'arrêt *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, le tribunal qui détermine la peine peut accorder au délinquant une réduction de sa peine pour tenir compte de toute période que ce dernier a passée sous garde avant le prononcé de celle-ci, même

interpreted and administered in a manner consistent with the criminal justice system's overall sentencing regime.

Cases Cited

Followed: *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18; **referred to:** *R. v. Arthurs*, [2000] 1 S.C.R. 481, 2000 SCC 19; *R. v. Wust* (1997), 43 C.R.R. (2d) 320.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 12.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 344 [repl. 1995, c. 39, s. 149], 719(1) [en. 1995, c. 22, s. 6], (3) [*idem*], 721(3) [rep. *idem*].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 107 B.C.A.C. 130, 174 W.A.C. 130, 125 C.C.C. (3d) 43, 17 C.R. (5th) 45, 53 C.R.R. (2d) 306, [1998] B.C.J. No. 1076 (QL), dismissing the accused's appeal against sentence. Appeal allowed.

James Bahen, for the appellant.

Peter W. Ewert, Q.C., and *Geoffrey R. Gaul*, for the respondent.

David Finley, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

ARBOUR J. —

I. Introduction

This appeal was heard at the same time as two other cases, *R. v. Wust*, [2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18, and *R. v. Arthurs*, [2000] 1 S.C.R. 481, 2000 SCC 19, which are released concurrently with this decision. The issue is whether, when Parliament has imposed a mandatory minimum sentence, the court may deduct from that sentence the time spent by the offender in custody while awaiting trial and sentence, if this has the effect of

si cette réduction aboutit à une peine inférieure à la peine minimale prévue, étant donné que les peines minimales obligatoires doivent être interprétées et exécutées conformément au régime général de détermination de la peine du système de justice criminelle.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18; **arrêts mentionnés:** *R. c. Arthurs*, [2000] 1 R.C.S. 481, 2000 CSC 19; *R. c. Wust* (1997), 43 C.R.R. (2d) 320.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 344 [rempl. 1995, ch. 39, art. 149], 719(1) [aj. 1995, ch. 22, art. 6], (3) [*idem*], 721(3) [abr. *idem*].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 107 B.C.A.C. 130, 174 W.A.C. 130, 125 C.C.C. (3d) 43, 17 C.R. (5th) 45, 53 C.R.R. (2d) 306, [1998] B.C.J. No. 1076 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre la peine qui lui avait été infligée. Pourvoi accueilli.

James Bahen, pour l'appelant.

Peter W. Ewert, c.r., et *Geoffrey R. Gaul*, pour l'intimée.

David Finley, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE ARBOUR —

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les affaires *R. c. Wust*, [2000] 1 R.C.S. 455, 2000 CSC 18, et *R. c. Arthurs*, [2000] 1 R.C.S. 481, 2000 CSC 19, dont les motifs ont également été déposés aujourd'hui. La question en litige est celle de savoir si, dans les cas où le législateur a établi une peine minimale obligatoire, les tribunaux peuvent déduire de cette peine la période que le délinquant a passée sous garde avant son

reducing the sentence pronounced by the court to less than the minimum provided by law. For the reasons I set out in *Wust*, s. 719(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which provides judges with the discretion to count pre-sentencing custody in fixing the length of the sentence, may be applied to the mandatory minimum sentence of four years' imprisonment for robbery while using a firearm under s. 344(a) of the *Code*. I determined in *Wust* that a sentencing judge may give credit for time served in pre-sentencing custody, even if that credit results in a sentence below the mandatory minimum, since this reflects the intention of Parliament that all sentences be administered consistently within the context of the criminal justice system's sentencing regime.

II. Factual Background and Judicial History

A. *Factual Background*

2 A brief review of the facts is necessary to dispose of this appeal. On January 15, 1997, the appellant robbed a gas station in Vancouver, British Columbia. He pointed a loaded shotgun at the attendant, holding the barrel about five inches from the attendant's chest and demanded money and cigarettes. He obtained both before driving away in a van, with which an accomplice had been waiting. A few moments later, the van was stopped by the police and the appellant was apprehended after a short chase on foot.

3 The appellant pleaded guilty to one count of robbery while using a firearm. He was a 21-year-old drug addict with a record of 19 convictions since April 1990. He was remanded in custody for almost three months, pending sentencing.

procès et le prononcé de sa peine, lorsque, du fait de cette réduction, la peine infligée à ce dernier serait inférieure à la peine minimale prévue par la loi. Pour les motifs que j'ai exposés dans *Wust*, le par. 719(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 — qui confère aux juges le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte toute période que le contrevenant a passée sous garde avant le prononcé de sa peine lorsqu'ils en fixent la durée — peut être appliqué à la peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue par l'al. 344a) du *Code*, pour l'infraction de vol qualifié perpétrée avec usage d'une arme à feu. Dans l'arrêt *Wust*, j'ai jugé que le tribunal qui détermine la peine peut accorder au délinquant une réduction de sa peine pour tenir compte de toute période que ce dernier a passée sous garde avant le prononcé de sa peine, même si cette réduction aboutit à une peine inférieure à la peine minimale prévue, étant donné que cela reflète l'intention du législateur que toutes les peines soient exécutées de manière uniforme dans le cadre du régime de détermination de la peine du système de justice criminelle.

II. Les faits et l'historique des procédures judiciaires

A. *Les faits*

Il convient de faire un bref survol des faits pour trancher le présent pourvoi. Le 15 janvier 1997, l'appelant a commis un vol qualifié dans une station-service de Vancouver en Colombie-Britannique. Il a braqué un fusil de chasse chargé sur le préposé, tenant le canon du fusil à environ cinq pouces de la poitrine de ce dernier, auquel il a demandé de lui remettre de l'argent et des cigarettes. Après avoir obtenu ce qu'il demandait, il s'est enfui dans une camionnette dans laquelle un complice l'attendait. Peu après, la camionnette a été interceptée par la police et l'appelant a été appréhendé après une courte poursuite à pied.

L'appelant a plaidé coupable à une accusation de vol qualifié perpétré avec une arme à feu. Toxicomane âgé de 21 ans, l'appelant avait fait l'objet de 19 déclarations de culpabilité depuis avril 1990. Il est resté sous garde pendant presque trois mois en attendant le prononcé de sa peine.

B. *British Columbia Provincial Court*

Relying on the decision of Grist J. in *R. v. Wust* (1997), 43 C.R.R. (2d) 320 (B.C.S.C.), Bendrodt Prov. Ct. J. found that s. 721(3) of the *Criminal Code* (now s. 719(3)) could be applied to a mandatory minimum sentence in the circumstances of this case. The appellant was credited with six months for the three months spent in presentencing custody, resulting in the imposition of a sentence of three years and six months' imprisonment.

C. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43

The appellant appealed his sentence, challenging the constitutionality of the mandatory minimum punishment of s. 344(a) as a violation of his s. 12 *Charter* right to be free of cruel and unusual punishment and should the provision be upheld, seeking to defend the credit given for time served. The appeal was heard and decided at the same time as four other sentencing appeals, all under s. 344(a). As previously noted, two of those appeals were also heard in this Court together with the present case: *Wust, supra*, and *Arthurs, supra*.

McEachern C.J.B.C., writing for a unanimous court, upheld the constitutionality of s. 344(a) under s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and also held that the correct interpretation of s. 344(a) mandated the imposition of a sentence of at least four years. Because s. 719(1) provides that a sentence begins when it is imposed, McEachern C.J.B.C. held that it was not possible to reduce a sentence to account for time served while awaiting sentence, if such a discount results in a sentence of less than the required minimum. Thus, in the appellant's case, the court dismissed

B. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique*

Se fondant sur la décision rendue par le juge Grist dans l'affaire *R. c. Wust* (1997), 43 C.R.R. (2d) 320 (C.S.C.-B.), le juge Bendrodt de la Cour provinciale a estimé que, dans les circonstances de l'espèce, le par. 721(3) du *Code criminel* (maintenant le par. 719(3)) pouvait être appliqué à la peine minimale prescrite. En conséquence, il a retranché six mois de la peine minimale prévue afin de prendre en compte les trois mois passés en détention par l'appellant avant le prononcé de sa peine, de sorte que ce dernier a été condamné à trois ans et demi d'emprisonnement.

C. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 125 C.C.C. (3d) 43

L'appellant a formé appel contre les peines qui lui avaient été infligées, invoquant l'inconstitutionnalité de la peine minimale obligatoire prévue à l'al. 344a) pour le motif qu'elle porterait atteinte au droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités que lui garantit l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et plaidant le bien-fondé de la réduction de peine qui lui avait été accordée pour tenir compte de la période de détention déjà purgée, au cas où la validité de la disposition contestée serait confirmée. L'appel a été entendu et tranché en même temps que quatre autres appels interjetés contre des peines infligées en vertu de l'al. 344a). Comme je l'ai souligné précédemment, deux de ces appels font également l'objet de pourvois que notre Cour a entendus en même temps que la présente affaire: *Wust*, précité, et *Arthurs*, précité.

Le juge en chef McEachern, qui a rédigé la décision unanime de la Cour d'appel, a confirmé la validité constitutionnelle de l'al. 344a) au regard de l'art. 12 de la *Charte*, en plus de juger que, suivant l'interprétation qu'il convient de donner à l'al. 344a), une peine d'emprisonnement d'au moins quatre ans devait être infligée. Comme le par. 719(1) précise qu'une peine commence au moment où elle est infligée, le juge en chef McEachern a estimé qu'une peine ne pouvait être réduite pour prendre en compte la période passée sous garde par le contrevenant avant le prononcé

4

5

6

his appeal and allowed the Crown's appeal, increasing the appellant's sentence to the four-year minimum.

III. Relevant Statutory Provisions

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

344. Every person who commits robbery is guilty of an indictable offence and liable

(a) where a firearm is used in the commission of the offence, to imprisonment for life and to a minimum punishment of imprisonment for a term of four years; and

(b) in any other case, to imprisonment for life.

719. . . .

(3) In determining the sentence to be imposed on a person convicted of an offence, a court may take into account any time spent in custody by the person as a result of the offence.

IV. Conclusion and Disposition

8 The only issue before this Court is whether the Court of Appeal erred in reversing the trial judge's decision to apply s. 719(3) to give credit for the time the appellant had already served in custody awaiting sentencing. For the reasons given in *Wust, supra*, I find that the Court of Appeal did err in so doing.

9 This case, like *Arthurs, supra*, illustrates again the unfairness that results from an interpretation of the *Criminal Code* that precludes granting credit for time served prior to sentence. The appellant was detained following his guilty plea, but while awaiting sentence. It would be unfair if this period of time, which after a guilty plea is undoubtedly part of the punishment, were to be added to the minimum required by law, rather than computed as part of it. For these reasons and the reasons given in *Wust, supra*, I would allow the appeal, set aside

de sa peine, si cette réduction aboutit à une peine inférieure à la peine minimale prévue par la loi. En conséquence, la cour a rejeté l'appel formé par l'appellant et accueilli celui du ministère public, haussant la peine d'emprisonnement qui avait été infligée à l'appellant à la période minimale de quatre ans prévue par la loi.

III. Les dispositions législatives pertinentes

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

344. Quiconque commet un vol qualifié est coupable d'un acte criminel passible:

a) s'il y a usage d'une arme à feu lors de la perpétration de l'infraction, de l'emprisonnement à perpétuité, la peine minimale étant de quatre ans;

b) dans les autres cas, de l'emprisonnement à perpétuité.

719. . . .

(3) Pour fixer la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'une infraction, le tribunal peut prendre en compte toute période que la personne a passée sous garde par suite de l'infraction.

IV. La conclusion et le dispositif

La seule question dont est saisie notre Cour est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur lorsqu'elle a infirmé la décision du juge du procès d'appliquer le par. 719(3) afin de prendre en compte la période passée sous garde par l'appellant avant le prononcé de sa peine. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *Wust*, précité, j'estime que la Cour d'appel a effectivement fait erreur en infirmant la décision du juge du procès.

Tout comme l'affaire *Arthurs*, précitée, le présent pourvoi illustre bien l'iniquité qui résulte d'une interprétation du *Code criminel* ayant pour effet d'empêcher la prise en compte de la période passée sous garde avant la détermination de la peine. L'appellant a été détenu après avoir plaidé coupable, pendant qu'il attendait le prononcé de sa peine. Il serait injuste que cette période qui, du fait qu'elle survienne après le plaidoyer de culpabilité, fait incontestablement partie de la peine, soit ajoutée à la peine minimale prévue par la loi au lieu

the judgment of the Court of Appeal and reinstate the sentence imposed on the appellant by Bendrodt Prov. Ct. J.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Leask Bahen, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

d'en être retranchée. Pour les motifs qui précèdent et pour ceux exposés dans *Wust*, précité, j'accueillerais le pourvoi, j'annulerais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais la peine infligée à l'appellant par le juge Bendrodt de la Cour provinciale.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Leask Bahen, Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.

**British Columbia Securities
Commission** *Appellant*

v.

Global Securities Corporation *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario, the Attorney
General of Quebec, the Attorney General of
Nova Scotia, the Attorney General of
Manitoba, the Attorney General of British
Columbia, the Attorney General for
Alberta, the Ontario Securities Commission,
the Commission des valeurs mobilières du
Québec and the Alberta Securities
Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: GLOBAL SECURITIES CORP. v. BRITISH
COLUMBIA (SECURITIES COMMISSION)**

Neutral citation: 2000 SCC 21.

File No.: 26887.

Hearing and judgment: January 25, 2000.

Reasons delivered: April 13, 2000.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

*Constitutional law — Division of powers — Securities
— Provincial securities legislation allowing securities
commission to require registered brokers in province to
produce records “to assist in the administration of the
securities laws of another jurisdiction” — Whether leg-
islation intra vires province — Constitution Act, 1867,
s. 92(13) — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418,
s. 141(1)(b).*

In 1988 the appellant entered in a Memorandum of
Understanding with the United States Securities and
Exchange Commission (“SEC”) whereby the signatories

**British Columbia Securities
Commission** *Appelante*

c.

Global Securities Corporation *Intimée*

et

**Le procureur général du Canada, le
procureur général de l'Ontario, le
procureur général du Québec, le procureur
général de la Nouvelle-Écosse, le procureur
général du Manitoba, le procureur général
de la Colombie-Britannique, le procureur
général de l'Alberta, la Commission des
valeurs mobilières de l'Ontario, la
Commission des valeurs mobilières du
Québec et l'Alberta Securities
Commission** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ: GLOBAL SECURITIES CORP. c. COLOMBIE-
BRITANNIQUE (SECURITIES COMMISSION)**

Référence neutre: 2000 CSC 21.

N° du greffe: 26887.

Audition et jugement: 25 janvier 2000.

Motifs déposés: 13 avril 2000.

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

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

*Droit constitutionnel — Partage des compétences —
Valeurs mobilières — Loi provinciale sur les valeurs
mobilières permettant à la commission des valeurs
mobilières d'enjoindre à des courtiers inscrits dans la
province de produire des documents «pour aider à
appliquer les lois sur les valeurs mobilières d'un autre
ressort» — Cette loi relève-t-elle de la compétence de la
province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13)
— Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 141(1)b).*

En 1988, l'appelante a signé un protocole d'entente
avec la Securities and Exchange Commission des États-
Unis («SEC»), dans lequel les signataires s'engageaient

agreed to provide the “fullest mutual assistance”, including obtaining documents and taking evidence from persons when requested by another signatory. That same year British Columbia amended its *Securities Act*. Included in the new provisions was what is now s. 141(1)(b), which authorizes the appellant’s executive director to order a registrant to produce records “to assist in the administration of the securities laws of another jurisdiction”. In 1996 the appellant made an order under s. 141(1)(b) against the respondent pursuant to a request from the SEC, which was investigating possible violations of U.S. law by the respondent and/or its employees. The respondent provided part of the information requested, but refused to provide anything else. Accordingly, the appellant served the respondent with a notice of hearing under s. 161(1) of the *Securities Act* to determine if it was in the public interest to order the respondent to comply with the order for production. The respondent in turn filed a petition in the British Columbia Supreme Court seeking a declaration that s. 141(1)(b) was *ultra vires* the province. The petition was dismissed. The Court of Appeal, in a majority decision, reversed that judgment.

Held: The appeal should be allowed. Section 141(1)(b) of the *Securities Act* is *intra vires* the province.

Legislation is constitutional if it is in pith and substance within the constitutional powers of the enacting legislature. The pith and substance of a law is the dominant or most important characteristic of the law. The effects of the legislation may be relevant to its validity in so far as they reveal its pith and substance. However, merely incidental effects will not disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* law. In characterizing the legislation, the court is free to consider relevant, reliable, extrinsic evidence. As a result, the affidavit evidence submitted by the parties to describe the true object and purpose of s. 141(1)(b) of the *Securities Act* was correctly accepted by the trial court.

The dominant purpose of s. 141(1)(b) is the enforcement of the province’s securities law. The law furthers this goal in two ways. First, to regulate effectively the domestic (or intraprovincial) securities market, the appellant will often require access to records located outside the province, access that can most effectively be

à «s’entraide[r] le plus possible» et, notamment, à obtenir des documents et à recueillir des témoignages à la demande d’un cosignataire. Au cours de la même année, la Colombie-Britannique a modifié sa *Securities Act*, en y ajoutant de nouvelles dispositions, dont ce qui est devenu l’al. 141(1)(b) qui autorise le directeur général de l’appelante à enjoindre à un courtier inscrit de produire des documents «pour aider à appliquer les lois sur les valeurs mobilières d’un autre ressort». En 1996, l’appelante a rendu contre l’intimée une ordonnance fondée sur l’al. 141(1)(b), à la suite d’une demande de la SEC qui enquêtait sur la possibilité que l’intimée ou ses employés, ou les deux à la fois, aient violé la loi américaine. L’intimée a fourni une partie des renseignements demandés, mais a refusé de produire tout autre document. En conséquence, l’appelante a signifié à l’intimée un avis fondé sur le par. 161(1) de la *Securities Act*, dans lequel elle l’informait qu’une audience serait tenue pour déterminer s’il était dans l’intérêt public de lui ordonner de se conformer à l’ordonnance de production. L’intimée a réagi en déposant, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une requête visant à obtenir un jugement déclarant que l’al. 141(1)(b) excédait la compétence de la province. La requête a été rejetée. La Cour d’appel a, dans une décision majoritaire, infirmé ce jugement.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. L’alinéa 141(1)(b) de la *Securities Act* relève de la compétence de la province.

Une mesure législative est constitutionnelle si elle relève, de par son caractère véritable, des pouvoirs que la Constitution confère à la législature qui l’a adoptée. Le caractère véritable d’une loi est la caractéristique dominante ou la plus importante de cette loi. Les effets de la mesure législative peuvent être pertinents pour déterminer si elle est valide, dans la mesure où ils en révèlent le caractère véritable. Cependant, de simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires*. Pour qualifier une mesure législative, la cour peut tenir compte d’éléments de preuve extrinsèques pertinents et fiables. En conséquence, la preuve par affidavit que les parties ont produite pour décrire l’objet véritable de l’al. 141(1)(b) de la *Securities Act* a été acceptée à juste titre par le tribunal de première instance.

L’objectif dominant de l’al. 141(1)(b) est l’application de la loi sur les valeurs mobilières de la province. La mesure législative favorise de deux façons la réalisation de cet objectif. Premièrement, pour réglementer efficacement le marché des valeurs mobilières dans la province, l’appelante doit souvent avoir accès à des docu-

given by the securities regulator in that jurisdiction. If the appellant is to expect this co-operation from bodies like the SEC it must reciprocate, as s. 141(1)(b) enables it to do. Second, s. 141(1)(b) will likely help uncover misconduct abroad by domestic registrants and thus helps the appellant determine the fitness of domestic registrants to trade in the province. While s. 141(1)(b) does involve relations with a foreign authority, it does not attempt to extend the reach of provincial legislation outside its borders. The pith and substance of s. 141(1)(b) falls within the scope of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, "Property and Civil Rights in the Province". Section 141(1)(b)'s dominant purpose, the effective regulation of domestic securities, has long been recognized to fall within provincial authority. Moreover, the provinces' authority over securities regulation is not limited to purely intraprovincial matters. Assisting in the investigation of possible violations of foreign securities laws falls within the appellant's power under s. 92(13) to regulate the province's securities market.

Even if s. 141(1)(b) were not in pith and substance provincial, it would clearly be justified under the ancillary doctrine. The provision is a part of a valid legislative scheme, namely the *Securities Act*. Moreover, even assuming that the most rigorous version of the ancillary doctrine applies, s. 141(1)(b) is "necessarily incidental" to the *Securities Act*.

Cases Cited

Referred to: *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137; *Re McCarthy and Menin and United States Securities and Exchange Commission* (1963), 38 D.L.R. (2d) 660; *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Attorney-General for Alberta v.*

ments qui se trouvent à l'extérieur de la province, et c'est l'organisme de réglementation du marché des valeurs mobilières du ressort en cause qui est en mesure de lui donner le plus efficace cet accès. Pour pouvoir compter sur cette coopération de la part d'organismes comme la SEC, l'appelante se doit, comme l'al. 141(1)(b) lui permet de le faire, d'obtempérer à toute demande de coopération qu'ils peuvent lui adresser. Deuxièmement, l'al. 141(1)(b) sera vraisemblablement utile pour déceler l'inconduite, à l'étranger, de courtiers inscrits dans la province, et donc pour aider l'appelante à décider de l'aptitude des courtiers inscrits dans la province à y faire du commerce. Bien qu'il implique l'existence de rapports avec un organisme étranger, l'al. 141(1)(b) ne tente pas d'étendre la portée de la mesure législative provinciale au-delà des frontières de la province. Le caractère véritable de l'al. 141(1)(b) relève du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à savoir «la propriété et les droits civils dans la province». L'objectif dominant de l'al. 141(1)(b), qui est la réglementation efficace du marché des valeurs mobilières dans la province, est considéré depuis longtemps comme relevant de la compétence des provinces. En outre, la compétence des provinces en matière de réglementation du marché des valeurs mobilières ne se limite pas aux questions purement intraprovinciales. Aider à enquêter sur d'éventuelles violations de lois étrangères en matière de valeurs mobilières relève du pouvoir que l'appelante possède, en vertu du par. 92(13), de réglementer le marché des valeurs mobilières dans la province.

Même s'il n'était pas, de par son caractère véritable, de nature provinciale, l'al. 141(1)(b) serait clairement justifié en vertu du principe de la compétence accessoire. Cet alinéa fait partie d'un régime législatif valide, à savoir la *Securities Act*. De plus, même en supposant que la version la plus stricte du principe de la compétence accessoire s'applique, l'al. 141(1)(b) est «nécessairement accessoire» à la *Securities Act*.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137; *Re McCarthy and Menin and United States Securities and Exchange Commission* (1963), 38 D.L.R. (2d) 660; *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Attorney-General*

Attorney-General for Canada, [1939] A.C. 117; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776; *Lymburn v. Mayland*, [1932] 2 D.L.R. 6; *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584; *McGuire v. McGuire*, [1953] O.R. 328; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *R. v. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56; *Re Legault and Law Society of Upper Canada* (1975), 58 D.L.R. (3d) 641; *Re Underwood McLellan & Associates Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 268.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, s. 92(13), (14).
Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act, R.S.C., 1985, c. 30 (4th Suppl.).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, ss. 141(1), (2)(b), (3), 161(1).

Authors Cited

Anisman, Philip, and Peter W. Hogg. "Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation". In Philip Anisman et al., *Proposals for a Securities Market Law for Canada*, vol. 3. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979, 135.

Edinger, Elizabeth R. "Territorial Limitations on Provincial Powers" (1982), 14 *Ottawa L. Rev.* 57.

Edinger, Elizabeth R. "The Constitutional Validity of Provincial Mutual Assistance Legislation: *Global Securities v. British Columbia (Securities Commission)*" (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 169.

Erwin, Philip O. "The International Securities Enforcement Cooperation Act of 1990: Increasing International Cooperation in Extraterritorial Discovery?" (1992), 15 *Boston College Int'l & Comp. L. Rev.* 471.

Greene, Caroline A. A. "International Securities Law Enforcement: Recent Advances in Assistance and Cooperation" (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 635.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1999 release 1).

International Organization of Securities Commissions. *Securities Activity on the Internet*. Report of the Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions, September 1998.

Johnston, David, and Kathleen Doyle Rockwell. *Canadian Securities Regulation*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1998.

for Alberta c. Attorney-General for Canada, [1939] A.C. 117; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468; *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776; *Lymburn c. Mayland*, [1932] 2 D.L.R. 6; *Gregory & Co. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584; *McGuire c. McGuire*, [1953] O.R. 328; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *R. c. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56; *Re Legault and Law Society of Upper Canada* (1975), 58 D.L.R. (3d) 641; *Re Underwood McLellan & Associates Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 268.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13), (14).
Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle, L.R.C. (1985), ch. 30 (4^e suppl.).
Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 141(1), (2)(b), (3), 161(1).

Doctrine citée

Anisman, Philip, et Peter W. Hogg. «Les aspects constitutionnels de la législation fédérale sur les valeurs mobilières». Dans Philip Anisman et autres, *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières*, vol. 3. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1979, 147.

Edinger, Elizabeth R. «Territorial Limitations on Provincial Powers» (1982), 14 *Ottawa L. Rev.* 57.

Edinger, Elizabeth R. «The Constitutional Validity of Provincial Mutual Assistance Legislation: *Global Securities v. British Columbia (Securities Commission)*» (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 169.

Erwin, Philip O. «The International Securities Enforcement Cooperation Act of 1990: Increasing International Cooperation in Extraterritorial Discovery?» (1992), 15 *Boston College Int'l & Comp. L. Rev.* 471.

Greene, Caroline A. A. «International Securities Law Enforcement: Recent Advances in Assistance and Cooperation» (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 635.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1999 release 1).

Johnston, David, and Kathleen Doyle Rockwell. *Canadian Securities Regulation*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1998.

Kehoe, James A. «Exporting Insider Trading Laws: The Enforcement of U.S. Insider Trading Laws Internationally» (1995), 9 *Emory Int'l L. Rev.* 345.

Kehoe, James A. "Exporting Insider Trading Laws: The Enforcement of U.S. Insider Trading Laws Internationally" (1995), 9 *Emory Int'l L. Rev.* 345.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 56 B.C.L.R. (3d) 237, 162 D.L.R. (4th) 601, 110 B.C.A.C. 1, 178 W.A.C. 1, [1999] 4 W.W.R. 392, [1998] B.C.J. No. 1597 (QL), reversing a decision of Macdonald J. (1997), 13 C.C.L.S. 256, [1997] B.C.J. No. 1573 (QL), dismissing the respondent's petition for a declaration that s. 141(1)(b) of the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, was *ultra vires* the province. Appeal allowed.

James A. Angus and Stephen M. Zolnay, for the appellant.

Murray Clemens, Q.C., Julia E. Lawn and Douglas R. Garrod, for the respondent.

Roslyn J. Levine, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Alain Gingras, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Written submissions only by *Louise Walsh Poirier*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Eugene Szach, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Harvey Groberman, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Roderick Wiltshire, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Neil R. Finkelstein and Russell Cohen, for the intervener the Ontario Securities Commission.

Organisation internationale des commissions de valeurs. *Securities Activity on the Internet*. Report of the Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions, septembre 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 56 B.C.L.R. (3d) 237, 162 D.L.R. (4th) 601, 110 B.C.A.C. 1, 178 W.A.C. 1, [1999] 4 W.W.R. 392, [1998] B.C.J. No. 1597 (QL), qui a infirmé la décision du juge Macdonald (1997), 13 C.C.L.S. 256, [1997] B.C.J. No. 1573 (QL), de rejeter la requête de l'intimé visant à obtenir un jugement déclarant que l'al. 141(1)(b) de la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418, excédait la compétence de la province. Pourvoi accueilli.

James A. Angus et Stephen M. Zolnay, pour l'appelante.

Murray Clemens, c.r., Julia E. Lawn et Douglas R. Garrod, pour l'intimée.

Roslyn J. Levine, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alain Gingras, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Argumentation écrite seulement par *Louise Walsh Poirier*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Eugene Szach, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Harvey Groberman, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Roderick Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Neil R. Finkelstein et Russell Cohen, pour l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

Gérald R. Tremblay, Q.C., and Richard Proulx, for the intervenor the Commission des valeurs mobilières du Québec.

Anne J. Brown and Lisa Rudan, for the intervenor the Alberta Securities Commission.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction and Overview

This appeal deals with the issue of whether a provincial securities commission may legally gather information for securities regulators in other jurisdictions. Specifically, the respondent Global Securities Corporation, a British Columbia brokerage firm, challenges the authority of the British Columbia Securities Commission (“Commission”) to require Global to produce documents to be handed over to the United States Securities and Exchange Commission (“SEC”). We have already allowed the Commission’s appeal from the Bench, and indicated that reasons for judgment would follow. These are those reasons.

The provision challenged in this appeal, s. 141(1)(b) of the British Columbia *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, allows the Commission to require registered brokers in the province (“registrants”) to produce records in their control “to assist in the administration of the securities laws of another jurisdiction”. The respondent claims that this provision does not fall within the powers granted to the provinces by the *Constitution Act, 1867*.

With respect, I disagree, and by way of summary advance the following propositions. The fundamental error in the respondent’s position is that it fails to recognize that the dominant purpose, or “pith and substance”, of the provision in question is the enforcement of British Columbia’s securities law. This purpose clearly falls within provincial

Gérald R. Tremblay, c.r., et Richard Proulx, pour l’intervenante la Commission des valeurs mobilières du Québec.

Anne J. Brown et Lisa Rudan, pour l’intervenante l’Alberta Securities Commission.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction et vue d’ensemble

Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si une commission des valeurs mobilières provinciale peut légalement recueillir de l’information au profit d’organismes de réglementation du marché des valeurs mobilières d’autres ressorts. Plus précisément, l’intimée, Global Securities Corporation, une maison de courtage de la Colombie-Britannique, conteste le pouvoir de la British Columbia Securities Commission («Commission») de lui enjoindre de produire des documents en vue de les remettre à la Securities and Exchange Commission des États-Unis («SEC»). Nous avons déjà accueilli le pourvoi de la Commission à l’audience, en mentionnant que les motifs du jugement suivraient. Voici ces motifs.

La disposition contestée dans le présent pourvoi, soit l’al. 141(1)(b) de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 418, permet à la Commission d’enjoindre à des courtiers inscrits dans la province (les «courtiers inscrits») de produire des documents qu’ils détiennent [TRADUCTION] «pour aider à appliquer les lois sur les valeurs mobilières d’un autre ressort». L’intimée soutient que cette disposition ne relève pas des pouvoirs que la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces.

En toute déférence, je ne suis pas de cet avis et je vais formuler, sous forme de résumé, les propositions suivantes. L’erreur fondamentale de l’intimée est qu’elle ne reconnaît pas que l’objectif dominant, ou «caractère véritable», de la disposition en cause est l’application de la loi sur les valeurs mobilières de la Colombie-Britannique.

1

2

3

authority under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, over “Property and Civil Rights in the Province”. The law furthers this goal in two ways. First, to regulate effectively the domestic (a term which, in these reasons, I use as a synonym for “intraprovincial”) securities market, the Commission will often require access to records located outside the province, access that can most effectively be given by the securities regulator in that jurisdiction. If the Commission is to expect this cooperation from bodies like the SEC it must reciprocate, as s. 141(1)(b) enables it to do.

Cet objectif relève clairement de la compétence que les provinces ont, en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, pour légiférer dans le domaine de «la propriété et [d]es droits civils dans la province». La mesure législative favorise de deux façons la réalisation de cet objectif. Premièrement, pour réglementer efficacement le marché des valeurs mobilières dans la province, la Commission doit souvent avoir accès à des documents qui se trouvent à l’extérieur de la province, et c’est l’organisme de réglementation du marché des valeurs mobilières du ressort en cause qui est en mesure de lui donner le plus efficacement cet accès. Pour pouvoir compter sur cette coopération de la part d’organismes comme la SEC, la Commission se doit, comme l’al. 141(1)(b) lui permet de le faire, d’obtempérer à toute demande de coopération qu’ils peuvent lui adresser.

4 Second, s. 141(1)(b) will likely help uncover misconduct abroad by domestic registrants. The Commission is concerned with the honesty and good repute of domestic registrants. If a British Columbia registrant is violating the securities laws of another jurisdiction, this is undoubtedly relevant to the fitness of that registrant to continue trading in the province. Giving relevant information to the SEC thus helps the Commission determine the fitness of domestic registrants to trade in the province.

Deuxièmement, l’al. 141(1)(b) sera vraisemblablement utile pour déceler l’inconduite, à l’étranger, de courtiers inscrits dans la province. La Commission se soucie de l’honnêteté et de la bonne réputation des courtiers inscrits dans la province. Il ne fait aucun doute que la violation, par un courtier inscrit en Colombie-Britannique, des lois sur les valeurs mobilières d’un autre ressort est pertinente pour décider de l’aptitude de ce courtier à continuer de faire du commerce dans la province. La communication de renseignements pertinents à la SEC aide donc la Commission à décider de l’aptitude des courtiers inscrits dans la province à y faire du commerce.

5 Given these two dominant purposes, the fact that the provision assists the enforcement of foreign laws is not determinative, and cannot impugn the law’s validity under the *Constitution Act, 1867*.

Compte tenu de ces deux objectifs dominants, le fait que la disposition en cause aide à appliquer des lois étrangères n’est pas déterminant et ne permet pas de mettre en doute la validité de la mesure législative au regard de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

II. Facts

II. Les faits

6 In 1988, the securities commissions of British Columbia, Ontario and Quebec entered into a Memorandum of Understanding (“MOU”) with the

En 1988, les commissions des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique, de l’Ontario et du Québec ont signé un protocole d’entente

SEC. Each signatory agreed to provide the “fullest mutual assistance” to each other, including “obtaining documents” and “taking evidence” from persons when requested by another signatory. That same year, pursuant to the MOU, British Columbia amended its *Securities Act*. Included in the new provisions was what is now s. 141(1)(b), which authorizes the Executive Director of the Commission to order a registrant to produce records “to assist in the administration of the securities laws of another jurisdiction”.

On July 3, 1996, the Commission made an order under s. 141(1)(b) against the respondent pursuant to a request from the SEC, which was investigating possible violations of U.S. law by the respondent and/or its employees. This investigation focused on one Tracy-Anne Godoy, who was at the time employed by the respondent. The order requested all records relating to Ms. Godoy, as well as all records generally relating to the registrant’s trading activities in the United States.

The respondent provided the information relating to Ms. Godoy, but refused to produce anything else. Accordingly, on March 3, 1997 the Commission served the respondent with a notice of hearing under s. 161(1) of the *Securities Act* to determine if it was in the public interest to order the respondent to comply with the order for production. The respondent, in turn, filed a petition in the Supreme Court of British Columbia seeking, among other things, a declaration that s. 141(1)(b) was *ultra vires* the province.

Macdonald J. dismissed the respondent’s petition and ordered the hearing before the Commission to proceed, at which hearing the Commission again ordered the respondent to produce the documents requested on July 3, 1996. The respondent successfully appealed Macdonald J.’s decision to the Court of Appeal.

(«protocole») avec la SEC. Les signataires s’engageaient à [TRADUCTION] «s’entraide[r] le plus possible» et, notamment, à «obtenir des documents» et à «recueillir des témoignages» à la demande d’un cosignataire. Au cours de la même année, la Colombie-Britannique a modifié sa *Securities Act*, conformément au protocole, en y ajoutant de nouvelles dispositions, dont ce qui est devenu l’al. 141(1)(b) qui autorise le directeur général de la Commission à enjoindre à un courtier inscrit de produire des documents [TRADUCTION] «pour aider à appliquer les lois sur les valeurs mobilières d’un autre ressort».

Le 3 juillet 1996, la Commission a rendu contre l’intimée une ordonnance fondée sur l’al. 141(1)(b), à la suite d’une demande de la SEC qui enquêtait sur la possibilité que l’intimée ou ses employés, ou les deux à la fois, aient violé la loi américaine. L’enquête portait principalement sur une certaine Tracy-Anne Godoy qui, à l’époque, travaillait pour l’intimée. L’ordonnance enjoignait de produire tous les documents concernant M^{me} Godoy et tous les documents portant, de façon générale, sur les opérations de courtage de l’intimée aux États-Unis.

L’intimée a fourni les renseignements concernant M^{me} Godoy, mais a refusé de produire tout autre document. En conséquence, le 3 mars 1997, la Commission a signifié à l’intimée un avis fondé sur le par. 161(1) de la *Securities Act*, dans lequel elle l’informait qu’une audience serait tenue pour déterminer s’il était dans l’intérêt public de lui ordonner de se conformer à l’ordonnance de production. L’intimée a réagi en déposant, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, une requête visant notamment à obtenir un jugement déclarant que l’al. 141(1)(b) excédait la compétence de la province.

Le juge Macdonald a rejeté la requête de l’intimée et a ordonné que l’audience devant la Commission ait lieu. Au cours de cette audience, la Commission a de nouveau enjoint à l’intimée de produire les documents requis le 3 juillet 1996. L’intimée en a appelé avec succès de la décision du juge Macdonald devant la Cour d’appel.

7

8

9

III. Judicial Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 13 C.C.L.S. 256

10 Macdonald J. was satisfied that cross-border and interjurisdictional co-operation was essential to the Commission's investigatory functions. The impugned section was necessary to enable the Commission to obtain information from other jurisdictions. He therefore rejected the respondent's argument that the pith and substance of s. 141(1)(b) was the regulation of securities outside the province. Instead, he found it to be necessarily incidental to the regulation of the securities industry in British Columbia, and held that it was *intra vires*.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 56 B.C.L.R. (3d) 237

1. Newbury J.A., Hinds J.A. concurring

11 Upon reviewing the case law, Newbury J.A. concluded that the provinces clearly have the constitutional authority to enact legislation regulating the securities industry. The issue was to determine whether s. 141(1)(b) was aimed at a purpose that, in pith and substance, fell under a provincial head of jurisdiction under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*.

12 Newbury J.A. recognized that securities regulation is interjurisdictional by nature, and that cross-border co-operation is "both necessary and desirable" (p. 247). Nonetheless, she concluded that the province could only authorize such cooperation if it fell within the ambit of s. 92(13), "Property and Civil Rights in the Province". In this case, s. 141(1)(b) does not relate to any misconduct occurring within the province, but instead is concerned only with possible violations of foreign law.

13 Newbury J.A. distinguished *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137, which upheld the validity of a provincial statute giving the courts discretion to enforce spousal support orders made in England. In her opinion, the law

III. Les décisions judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 13 C.C.L.S. 256

Le juge Macdonald était convaincu que la coopération transfrontalière et entre ressorts était essentielle aux fonctions d'enquête de la Commission. La disposition contestée était nécessaire pour permettre à la Commission d'obtenir des renseignements d'autres ressorts. Il a donc rejeté l'argument de l'intimée que l'al. 141(1)b visait, de par son caractère véritable, la réglementation de valeurs mobilières à l'extérieur de la province. Il a plutôt conclu que cet alinéa était nécessairement accessoire à la réglementation du secteur des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique, et qu'il était *intra vires*.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 56 B.C.L.R. (3d) 237

1. Le juge Newbury, avec l'appui du juge Hinds

Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Newbury a conclu que la Constitution habilite clairement les provinces à adopter des lois régissant le secteur des valeurs mobilières. Il s'agissait de savoir si l'al. 141(1)b visait un objectif qui, de par son caractère véritable, relevait d'un chef de compétence provinciale prévu à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le juge Newbury a reconnu que, de par sa nature, la réglementation des valeurs mobilières ne se limite pas à un seul ressort, et que la coopération transfrontalière est [TRADUCTION] «à la fois nécessaire et souhaitable» (p. 247). Elle a néanmoins conclu que la province ne pouvait permettre une telle coopération que si elle relevait du par. 92(13), «la propriété et les droits civils dans la province». En l'espèce, l'al. 141(1)b vise non pas l'inconduite dans la province, mais plutôt exclusivement d'éventuelles violations de lois étrangères.

Le juge Newbury a établi une distinction d'avec l'arrêt *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137, qui a confirmé la validité d'une loi provinciale qui accordait aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire d'exécuter des ordonnances

upheld in *Scott* merely enforced existing property rights. Moreover, it was the Ontario court that made the order. Here, by contrast, it is the SEC that effectively makes the order. While the motive of facilitating interjurisdictional co-operation may be laudable, it “cannot save legislation that in pith and substance lies outside provincial authority” (p. 250).

Newbury J.A. then turned to provisions in the federal and provincial *Evidence Acts* authorizing superior courts to take evidence relating to proceedings in a foreign country. She expressed doubt as to their constitutional validity, and therefore did not believe that they supported the constitutionality of s. 141(1)(b). Finally, she noted that the SEC was not even a “court or tribunal of competent jurisdiction” that would authorize a request under the *Evidence Act*, even if it were constitutional: *Re McCarthy and Menin and United States Securities and Exchange Commission* (1963), 38 D.L.R. (2d) 660 (Ont. C.A.).

In conclusion, Newbury J.A. noted that the principle of comity did not apply because the legislation did not relate to provincial legislative powers. It did not fall under “Property and Civil Rights in the Province”, nor under any other head of provincial authority. She therefore allowed the appeal and declared s. 141(1)(b) *ultra vires*.

2. Southin J.A., dissenting

Southin J.A. held that s. 141(1)(b) fell within the province’s authority under s. 92(14), “Administration of Justice in the Province”, and was therefore *intra vires*. In her opinion, s. 92(14) should be given a “large and liberal interpretation”: *Edwards v. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (P.C.), at p. 136. Moreover, prior decisions of this Court and the Privy Council have already extended

alimentaires au profit d’un conjoint rendues en Angleterre. À son avis, la loi dont la validité avait été confirmée dans l’arrêt *Scott* faisait simplement respecter des droits de propriété déjà existants. En outre, c’était le tribunal ontarien qui avait rendu l’ordonnance en cause. En l’espèce, par contre, c’est la SEC qui a effectivement rendu l’ordonnance. Bien que la raison de faciliter la coopération entre ressorts puisse être louable, elle [TRADUCTION] «ne permet pas de sauvegarder une mesure législative qui, de par son caractère véritable, excède la compétence de la province» (p. 250).

Le juge Newbury a ensuite examiné les dispositions des lois fédérale et provinciale en matière de preuve qui autorisent les cours supérieures à recueillir des témoignages relatifs à des procédures se déroulant à l’étranger. Comme elle doutait de leur propre constitutionnalité, elle n’a pas cru que ces dispositions étayaient celle de l’al. 141(1)(b). Enfin, elle a souligné que la SEC n’était même pas [TRADUCTION] «un tribunal compétent» qui autoriserait une requête fondée sur la *Evidence Act*, même si ces dispositions législatives étaient conformes à la Constitution: *Re McCarthy and Menin and United States Securities and Exchange Commission* (1963), 38 D.L.R. (2d) 660 (C.A. Ont.).

Pour conclure, le juge Newbury a fait observer que le principe de la courtoisie ne s’appliquait pas du fait que la mesure législative en cause n’avait aucun rapport avec les chefs de compétence provinciale. Elle ne relevait ni de «la propriété et [d]es droits civils dans la province», ni d’un autre chef de compétence provinciale. Elle a donc accueilli l’appel et déclaré que l’al. 141(1)(b) excédait la compétence de la province.

2. Le juge Southin, dissidente

Le juge Southin a conclu que l’al. 141(1)(b) relevait de la compétence sur «l’administration de la justice dans la province», que le par. 92(14) confère à la province, et qu’il était donc *intra vires*. À son avis, le par. 92(14) doit recevoir [TRADUCTION] «une interprétation large et libérale»: *Edwards c. Attorney-General for Canada*, [1930] A.C. 124 (C.P.), à la p. 136. En outre, dans des arrêts anté-

14

15

16

the interpretation of s. 92(14) to cover the detection and investigation of crime. Given the reciprocal nature of securities law enforcement, s. 141(1)(b) assists in the administration of the province's own justice system. She therefore would have dismissed the appeal.

IV. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

17 *Constitution Act, 1867*

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . .

13. Property and Civil Rights in the Province.

14. The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.

Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418

141 (1) The executive director may make an order under subsection (2)

- (a) for the administration of this Act,
- (b) to assist in the administration of the securities laws of another jurisdiction,
- (c) in respect of matters relating to trading in securities in British Columbia, or
- (d) in respect of matters in British Columbia relating to trading in securities in another jurisdiction.

(2) By an order applicable generally or to one or more persons or entities named or otherwise described in the order, the executive director may require any of the following persons to provide information or to produce records or classes of records specified or otherwise

rieurs, notre Cour et le Conseil privé ont déjà considéré que le par. 92(14) visait la détection de la criminalité et la tenue d'enquêtes criminelles. Vu la nature réciproque de l'application des lois sur les valeurs mobilières, l'al. 141(1)(b) aide la province à administrer son propre système de justice. Elle aurait donc rejeté l'appel.

IV. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

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;

14. l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux;

Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418

[TRANSLATION]

141 (1) Le directeur général peut rendre une ordonnance fondée sur le paragraphe (2):

- a) pour appliquer la présente loi,
- b) pour aider à appliquer les lois sur les valeurs mobilières d'un autre ressort,
- c) à l'égard de questions qui se rapportent à des opérations de courtage en valeurs mobilières en Colombie-Britannique, ou
- d) à l'égard de questions qui, en Colombie-Britannique, se rapportent à des opérations de courtage en valeurs mobilières dans un autre ressort.

(2) Le directeur général peut, au moyen d'une ordonnance applicable de façon générale à une seule ou plusieurs personnes physiques ou morales qui y sont nommées ou autrement décrites, enjoindre à l'une ou l'autre des personnes suivantes de fournir des renseignements ou de produire des documents ou catégories de documents énumérés ou autrement décrits dans

described in the order within the time or at the intervals specified in the order:

(b) a registrant;

- (3) The executive director may require verification by affidavit of information provided or records or classes of records produced pursuant to an order under subsection (2).

V. Issues

On May 20, 1999, Lamer C.J. stated the following constitutional question:

Is s. 141(1)(b) of the *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, c. 418, *intra vires* the province of British Columbia as being legislation pertaining to property and civil rights in the province or pertaining to the administration of justice in the province under ss. 92(13) and 92(14), respectively, of the *Constitution Act, 1867*?

VI. Analysis

A. *Introduction*

Federalism cases, like many other areas of legal interpretation, greatly involve the proper characterization of the law under attack. In *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 (hereinafter “*GM Canada*”), at pp. 666-69, Dickson C.J. offered a useful three-step structure for analyzing a claim that a law is *ultra vires*. While *GM Canada* itself was concerned with federal legislation, Dickson C.J. made it very clear, at p. 670, that the same analysis applied to determining the constitutionality of provincial legislation. With respect to the first step, Dickson C.J. said the following (at pp. 666-67):

The first step should be to consider whether and to what extent the impugned provision can be characterized as intruding into provincial powers. If it cannot be characterized as intruding at all, i.e., if in its pith and substance

l’ordonnance dans le délai ou aux intervalles qui y sont également prévus:

b) un courtier inscrit;

- (3) Le directeur général peut exiger la vérification, par affidavit, des renseignements fournis ou des documents ou catégories de documents produits conformément à une ordonnance fondée sur le paragraphe (2).

V. Les questions en litige

Le 20 mai 1999, le juge en chef Lamer a formulé la question constitutionnelle suivante:

L’alinéa 141(1)(b) de la *Securities Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 418, relève-t-il de la compétence de la province de la Colombie-Britannique en tant que disposition législative relative à la propriété et aux droits civils dans la province ou à l’administration de la justice dans la province, au sens des par. 92(13) et 92(14), respectivement, de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

VI. Analyse

A. *Introduction*

Les affaires touchant le fédéralisme, à l’instar de nombreux autres domaines d’interprétation législative, portent en grande partie sur la bonne façon de qualifier la mesure législative contestée. Dans l’arrêt *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 (ci-après «*GM Canada*»), aux pp. 666 à 669, le juge en chef Dickson a proposé le recours à une méthode en trois étapes pour analyser la prétention qu’une mesure législative est inconstitutionnelle. Même si l’arrêt *GM Canada* lui-même portait sur une mesure législative fédérale, le juge en chef Dickson a affirmé très clairement, à la p. 670, que la même analyse s’appliquait pour décider de la constitutionnalité d’une mesure législative provinciale. Voici ce qu’il a dit au sujet de la première étape (aux pp. 666 et 667):

La première étape devrait consister à se demander si et dans quelle mesure il est possible de dire que la disposition contestée empiète sur les pouvoirs de la province. Si on ne peut affirmer que la disposition empiète sur

the provision is federal law, and if the act to which it is attached is constitutionally valid (or if the provision is severable or if it is attached to a severable and constitutionally valid part of the act) then the investigation need go no further.

If, on the other hand, the legislation is not in pith and substance within the constitutional powers of the enacting legislature, then the court must ask if the impugned provision is nonetheless a part of a valid legislative scheme. If it is, at the third stage the impugned provision should be upheld if it is sufficiently integrated into the valid legislative scheme.

ceux-ci, c'est-à-dire si, de par son caractère véritable, elle relève du droit fédéral, et que la loi à laquelle elle se rattache est constitutionnelle (ou si la disposition peut être séparée de la loi ou si elle se rattache à une partie de la loi qui peut être séparée et valide du point de vue constitutionnel), il n'est alors plus nécessaire de poursuivre l'analyse.

Si, par contre, la disposition contestée ne relève pas, de par son caractère véritable, des pouvoirs que la Constitution confère à la législature qui l'a adoptée, la cour doit se demander si elle fait néanmoins partie d'un régime législatif valide. Dans l'affirmative, il y a lieu, à la troisième étape, de confirmer la validité de la disposition contestée si cette disposition est suffisamment intégrée au régime législatif valide.

20 In the present appeal, I conclude that the impugned provision, s. 141(1)(b) of the British Columbia *Securities Act*, falls within the constitutional powers of the province under the first stage of *GM Canada*. I therefore find it unnecessary to examine the last two steps of the *GM Canada* test.

En l'espèce, je conclus que la disposition contestée, à savoir l'al. 141(1)(b) de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique, relève des pouvoirs constitutionnels de la province, en application de la première étape de la méthode proposée dans l'arrêt *GM Canada*. Je juge donc inutile d'examiner les deux autres étapes que comporte ce critère.

B. *Is Section 141(1)(b) in Pith and Substance Provincial Legislation?*

B. *L'alinéa 141(1)(b) est-il, de par son caractère véritable, une mesure législative provinciale?*

21 To answer this question, I use the familiar two-stage test, which was described as follows in *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 23, *per* Lamer C.J. and Iacobucci J. (dissenting but not on this point):

Pour répondre à cette question, j'applique le critère à deux étapes bien connu, qui a été décrit de la façon suivante dans l'arrêt *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, au par. 23 (le juge en chef Lamer et le juge Iacobucci (dissentent, mais non sur ce point)):

The law in question must first be characterized in relation to its "pith and substance", that is, its dominant or most important characteristic. One must then see if the law, seen in this light, can be successfully assigned to one of the government's heads of legislative power.

La loi en question doit d'abord être qualifiée en fonction de son «caractère véritable», c'est-à-dire de sa caractéristique dominante ou la plus importante. Il faut ensuite se demander si la loi, vue sous cet angle, relève à bon droit de l'un des chefs de compétence législative du gouvernement.

See also P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 1, at p. 15-6. While there is obviously a great deal of overlap between these two steps, and it is thus perhaps impossible to keep them completely distinct, they provide a useful analytical structure.

Voir également P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, à la p. 15-6. Bien qu'elles se chevauchent nettement dans une large mesure et qu'il puisse donc être impossible de les séparer complètement, ces deux étapes fournissent une méthode d'analyse utile.

1. The Pith and Substance of Section 141(1)(b)

As Professor Hogg, *supra*, at p. 15-12, has noted, the pith and substance of a law is “best described as the dominant or most important characteristic of the law”. A court must “make a judgment as to which is the most important feature of the law and . . . characterize the law by that feature: that dominant feature is the ‘pith and substance’ or ‘matter’ of the law; the other feature is merely incidental, irrelevant for constitutional purposes” (p. 15-8). Similarly, Sopinka J. has described the pith and substance as the “leading feature or true character”: *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463, at p. 481; see also *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 113 (*per* La Forest J.); *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, at p. 1286; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580 (P.C.), at p. 587.

The effects of the legislation may also be relevant to the validity of the legislation in so far as they reveal its pith and substance. For example, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, the Court struck down a municipal by-law that prohibited leafleting because it had been applied so as to suppress the religious views of Jehovah’s Witnesses. Similarly, in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, the Privy Council struck down a law imposing a tax on banks because the effects of the tax were so severe that the true purpose of the law could only be in relation to banking, not taxation. However, merely incidental effects will not disturb the constitutionality of an otherwise *intra vires* law.

McIntyre J. aptly summarized the correct approach in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, at p. 332:

Where the pith and substance of the provincial enactment is in relation to matters which fall within the field of provincial legislative competence, incidental or con-

1. Le caractère véritable de l’al. 141(1)(b)

Comme l’a souligné le professeur Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-12, le caractère véritable d’une loi est [TRADUCTION] «mieux décrit comme étant la caractéristique dominante ou la plus importante de cette loi». La cour doit «décider quelle est la caractéristique la plus importante de la loi et [. . .] qualifier celle-ci en fonction de cette caractéristique: cette caractéristique dominante constitue le “caractère véritable” ou la “matière” de la loi; l’autre caractéristique est simplement accessoire et n’est pas pertinente sur le plan constitutionnel» (p. 15-8). De même, le juge Sopinka a dit que le caractère véritable d’une loi était «son idée maîtresse»: *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463, à la p. 481; voir également *Hydro-Québec*, précité, au par. 113 (le juge La Forest); *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, à la p. 1286; *Union Colliery Co. of British Columbia c. Bryden*, [1899] A.C. 580 (C.P.), à la p. 587.

Les effets de la mesure législative peuvent également être pertinents pour déterminer si elle est valide, dans la mesure où ils en révèlent le caractère véritable. Par exemple, dans l’arrêt *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, la Cour a invalidé un règlement municipal qui interdisait la distribution de tracts, pour le motif qu’il avait été appliqué de façon à supprimer les opinions religieuses des Témoins de Jéhovah. De même, dans *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, le Conseil privé a invalidé une loi qui imposait une taxe aux banques, pour le motif que les effets de cette taxe étaient si graves que l’objet véritable de la loi ne pouvait qu’être lié aux opérations bancaires et non à la taxation. Cependant, de simples effets accessoires ne rendent pas inconstitutionnelle une loi par ailleurs *intra vires*.

Le juge McIntyre a résumé avec justesse l’approche qu’il convient d’adopter, dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297, à la p. 332:

Lorsque le caractère véritable d’une loi provinciale se rapporte à des matières qui relèvent du domaine de la compétence législative des provinces, les effets acces-

22

23

24

sequential effects on extra-provincial rights will not render the enactment *ultra vires*. Where, however, the pith and substance of the provincial enactment is the derogation from or elimination of extra-provincial rights then, even if it is cloaked in the proper constitutional form, it will be *ultra vires*.

For example, in *Ladore v. Bennett*, [1939] A.C. 468, the Privy Council upheld Ontario's reorganization of four failing municipalities into the City of Windsor, even though the plan reduced the interest rates on bonds held by extra-provincial creditors. Since the law's pith and substance fell within the province's authority over municipalities, its incidental extra-provincial effects were irrelevant.

25

In characterizing the legislation, it is well-settled that the court is free to consider relevant, reliable, extrinsic evidence. McIntyre J., in *Upper Churchill*, *supra*, at p. 318, outlined the proper uses of extrinsic evidence:

I agree with the Court of Appeal in the present case that extrinsic evidence is admissible to show the background against which the legislation was enacted. . . . I am also of the view that in constitutional cases, particularly where there are allegations of colourability, extrinsic evidence may be considered to ascertain not only the operation and effect of the impugned legislation but its true object and purpose as well.

See also *Hydro-Québec*, *supra*, at para. 148. As a result, the affidavit evidence submitted by the parties to describe the "true object and purpose" of s. 141(1)(b), to which I will refer in more detail below, was correctly accepted by the trial court and was not challenged before us.

26

As I have already noted, there are two dominant purposes underlying s. 141(1)(b). I will address each in turn, and then discuss whether there are any other effects of the law that should affect its characterization.

soires ou indirects sur des droits extra-provinciaux ne rendent pas cette loi *ultra vires*. Cependant, si de par son caractère véritable la loi provinciale porte atteinte à des droits extra-provinciaux ou les élimine, elle est *ultra vires* même si elle revêt une forme constitutionnelle appropriée.

Par exemple, dans *Ladore c. Bennett*, [1939] A.C. 468, le Conseil privé a maintenu le regroupement, par l'Ontario, de quatre municipalités en difficulté de manière à former la ville de Windsor, même si cette mesure avait pour effet de réduire les taux d'intérêt d'obligations détenues par des créanciers à l'extérieur de la province. Comme le caractère véritable de la loi en cause relevait de la compétence de la province à l'égard des municipalités, ses effets accessoires extraprovinciaux n'étaient pas pertinents.

Il est bien établi que, pour qualifier une mesure législative, la cour peut tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques pertinents et fiables. Dans le renvoi *Upper Churchill*, précité, à la p. 318, le juge McIntyre a exposé les bonnes façons d'utiliser des éléments de preuve extrinsèques:

Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'en l'espèce les éléments de preuve extrinsèques sont recevables pour montrer le contexte dans lequel la législation a été adoptée. [. . .] Je suis [. . .] d'avis que dans les affaires constitutionnelles, notamment lorsqu'il y a allégation de législation déguisée, on peut tenir compte d'éléments de preuve extrinsèques pour vérifier non seulement l'application et l'effet de la loi contestée, mais aussi son objet véritable.

Voir également l'arrêt *Hydro-Québec*, précité, au par. 148. En conséquence, la preuve par affidavit que les parties ont produite pour décrire l'«objet véritable» de l'al. 141(1)(b), et que je vais analyser en détail plus loin, a été acceptée à juste titre par le tribunal de première instance et n'a pas été contestée devant nous.

Comme je l'ai déjà souligné, deux objectifs dominants sous-tendent l'al. 141(1)(b). Après avoir examiné ces objectifs tour à tour, je vais aborder la question de savoir si la mesure législative a d'autres effets qui devraient avoir une incidence sur sa qualification.

(a) *Ensuring Cooperation from Other Jurisdictions*

There can be no disputing the indispensable nature of interjurisdictional co-operation among securities regulators today. Paul Bourque, the Executive Director of the Commission, described this problem as follows:

Effective securities law enforcement demands that there be inter-jurisdictional cooperation and reciprocal assistance between regulatory agencies. In order to facilitate such cooperation, regulatory agencies in various jurisdictions, including British Columbia and the United States Securities and Exchange Commission (the "SEC"), routinely provide relevant evidence in their possession to their foreign counterparts, and many such agencies have obtained statutory authority to compel evidence from persons in their jurisdiction for the purpose of assisting foreign investigations.

Paul Leder, the Deputy Director of the Office of International Affairs at the SEC, gave a similar description:

Integral to the SEC's MOUs with foreign securities authorities is the concept of reciprocity. The SEC's ability to assist a particular foreign regulator may depend in part upon the extent to which that foreign authority, such as the [Commission], can be expected to provide similar assistance to the SEC.

See also Elizabeth R. Edinger, "The Constitutional Validity of Provincial Mutual Assistance Legislation: *Global Securities v. British Columbia (Securities Commission)*" (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 169, at p. 176.

The securities market has been an international one for years: see P. Anisman and P. W. Hogg, "Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation", in *Proposals for a Securities Market Law for Canada* (1979), vol. 3, 135, at p. 217. However, the Internet has greatly increased the ability of securities traders to extend across borders:

a) *Garantir la coopération d'autres ressorts*

Il ne fait pas de doute que, de nos jours, la coopération des organismes de réglementation de divers ressorts est indispensable. Paul Bourque, le directeur exécutif de la Commission, a décrit le problème en ces termes:

[TRADUCTION] L'application efficace des lois sur les valeurs mobilières commande la coopération et l'entraide des organismes de réglementation des divers ressorts. Pour faciliter cette coopération, les organismes de réglementation de divers ressorts, y compris celui de la Colombie-Britannique et la Securities and Exchange Commission des États-Unis (la «SEC»), fournissent régulièrement aux organismes analogues d'autres ressorts des éléments de preuve pertinents qu'ils ont en leur possession, et un bon nombre de ces organismes ont obtenu le pouvoir légal de contraindre des personnes à témoigner dans leur ressort dans le but de faciliter des enquêtes tenues à l'étranger.

Paul Leder, le directeur adjoint de l'Office of International Affairs de la SEC, a donné une description similaire:

[TRADUCTION] Le concept de la réciprocité fait partie intégrante du protocole que la SEC a conclu avec des organismes étrangers de réglementation du marché des valeurs mobilières. La capacité de la SEC d'aider un organisme de réglementation étranger peut dépendre en partie de la mesure dans laquelle elle peut s'attendre à ce que cet organisme étranger, la [Commission] par exemple, lui fournisse une aide similaire.

Voir aussi Elizabeth R. Edinger, «The Constitutional Validity of Provincial Mutual Assistance Legislation: *Global Securities v. British Columbia (Securities Commission)*» (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 169, à la p. 176.

Le marché des valeurs mobilières est de nature internationale depuis plusieurs années: voir P. Anisman et P. W. Hogg, «Les aspects constitutionnels de la législation fédérale sur les valeurs mobilières», dans *Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières* (1979), vol. 3, 147, aux pp. 244 et 245. Cependant, l'Internet a grandement accru la capacité des courtiers en valeurs mobilières d'outrepasser les frontières:

[T]he very qualities that make the Internet a valuable tool for investors and the securities industry may render it a convenient tool to perpetrate securities fraud and other violations. The Internet also provides for instantaneous cross-border communication and interactivity, which challenge traditional notions of jurisdiction and territoriality.

(International Organization of Securities Commissions, *Securities Activity on the Internet* (September 1998), at p. 3.)

In order to regulate effectively this electronic trading, regulators must equally be able to respond, and surmount borders where legally possible.

[TRADUCTION] [L]es qualités mêmes qui font de l'Internet un outil précieux pour les investisseurs et le secteur des valeurs mobilières peuvent aussi en faire un moyen commode de commettre des fraudes et d'autres violations en matière de valeurs mobilières. L'Internet est également un outil de communication et d'interactivité transfrontalières instantanées qui met en question les notions traditionnelles de ressort et de territorialité.

(Organisation internationale des commissions de valeurs, *Securities Activity on the Internet* (septembre 1998), à la p. 3.)

Pour réglementer efficacement ce cybercourtage, les organismes de réglementation doivent également être en mesure de réagir et d'outrepasser des frontières lorsqu'il est légalement possible de le faire.

29

Without directly questioning the general need for securities regulators to share information, the respondent claims this goal can be achieved in other ways, in particular through the federal *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act*, R.S.C., 1985, c. 30 (4th Supp.). However, this treaty-based method of sharing information is insufficient in the securities context for two reasons. First, it applies only to criminal investigations, and thus would be of no assistance for preliminary, informal investigations of the kind common among securities regulators. Second, MOUs "are specifically tailored to the needs of each securities regulatory agency. Therefore, they tend to be more efficient and effective than treaties": P. O. Erwin, "The International Securities Enforcement Cooperation Act of 1990: Increasing International Cooperation in Extraterritorial Discovery?" (1992), 15 *Boston College Int'l & Comp. L. Rev.* 471, at p. 485; see also C. A. A. Greene, "International Securities Law Enforcement: Recent Advances in Assistance and Cooperation" (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 635, at pp. 649-50; J. A. Kehoe, "Exporting Insider Trading Laws: The Enforcement of U.S. Insider Trading Laws Internationally" (1995), 9 *Emory Int'l L. Rev.* 345, at p. 360. By contrast, the *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act* provides for a relatively formal, cumbersome set of procedures that lack the

Bien qu'elle ne mette pas directement en question le besoin général des organismes de réglementation des valeurs mobilières de partager des renseignements, l'intimée soutient que cet objectif peut être atteint d'autres manières, au moyen notamment d'une loi fédérale, la *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, L.R.C. (1985), ch. 30 (4^e suppl.). Cependant, il y a deux raisons pour lesquelles cette méthode de partage de renseignements fondée sur des traités est insuffisante dans le contexte des valeurs mobilières. Premièrement, comme elle ne s'applique qu'aux enquêtes criminelles, elle ne serait d'aucun secours en ce qui concerne le genre d'enquêtes préliminaires informelles que mènent souvent les organismes de réglementation du marché des valeurs mobilières. Deuxièmement, les protocoles [TRADUCTION] «sont expressément conçus pour répondre aux besoins de chaque organisme de réglementation du marché des valeurs mobilières. Ils tendent donc à être plus efficaces et efficaces que les traités»: P. O. Erwin, «The International Securities Enforcement Cooperation Act of 1990: Increasing International Cooperation in Extraterritorial Discovery?» (1992), 15 *Boston College Int'l & Comp. L. Rev.* 471, à la p. 485; voir également C. A. A. Greene, «International Securities Law Enforcement: Recent Advances in Assistance and Cooperation» (1994), 27 *Vand. J. Transnat'l L.* 635, aux pp. 649 et 650; J. A. Kehoe, «Exporting Insider Trading Laws: The Enforcement of U.S. Insider Trading

efficiency of inter-agency administrative cooperation pursuant to MOUs.

The respondent also argues that assistance from foreign regulators like the SEC would be forthcoming even if the Commission cannot reciprocate. It notes that a Letter Agreement with the SEC recognized that “the parties to the MOU may not in all circumstances possess the legal authority to provide the assistance contemplated”. However, this argument overlooks the MOU signatories’ promise to “use all reasonable efforts to obtain the necessary authorization to provide the assistance described”. The Letter Agreement contains a similar promise to obtain legislative authorization for reciprocal assistance.

In light of this evidence, I accept Mr. Leder’s statement that the Commission does indeed have to provide information to the SEC if it is to be assured of such assistance in return:

In fact, in deciding whether to grant a request for assistance, the SEC is statutorily required to consider whether the requesting authority has agreed to provide reciprocal assistance to the SEC in securities matters, as well as whether granting the request would prejudice the public interest of the U.S. Exchange Act § 21(a)(2).

Were the [Commission] not able to provide the SEC with information such as that requested in this matter, this fact would need to be considered by the SEC in determining the extent to which it could respond to future MOU requests from the [Commission].

Perhaps more fundamentally, I should note that the Commission need not prove that s. 141(1)(b) is necessary to ensure assistance from the SEC. It need only show that the provision’s purpose is a legitimate one. Given the uncertain status of SEC assistance in the absence of reciprocity by the

Laws Internationallly» (1995), 9 *Emory Int’l L. Rev.* 345, à la p. 360. Par contre, la *Loi sur l’entraide juridique en matière criminelle* prévoit un ensemble de procédures relativement formelles et lourdes qui n’ont pas l’efficacité de la coopération administrative entre organismes que permettent les protocoles.

L’intimée soutient également que la Commission bénéficierait de l’aide d’organismes de réglementation étrangers, comme la SEC, même si elle ne pouvait pas leur rendre la politesse. Elle fait remarquer qu’une lettre d’entente avec la SEC reconnaît [TRADUCTION] «qu’il se peut que les parties au protocole n’aient pas, dans tous les cas, le pouvoir légal de fournir l’aide envisagée». Cependant, cet argument ne tient pas compte de la promesse des signataires du protocole de [TRADUCTION] «déployer tous les efforts raisonnables afin d’obtenir l’autorisation nécessaire pour fournir l’aide décrite». La lettre d’entente renferme une promesse similaire d’obtenir l’autorisation législative nécessaire à une assistance mutuelle.

Compte tenu de cette preuve, je souscris à l’affirmation de M. Leder que la Commission doit effectivement fournir des renseignements à la SEC si elle veut pouvoir, elle aussi, compter sur l’aide de cette dernière:

[TRADUCTION] En fait, pour décider si elle doit accueillir une demande d’assistance, la SEC est légalement tenue d’examiner, d’une part, si l’organisme qui a présenté la demande a accepté de lui rendre le même service relativement à des questions de valeurs mobilières, et d’autre part, si le fait d’accueillir la demande nuirait à l’intérêt public des États-Unis. Exchange Act § 21(a)(2).

Si la [Commission] n’était pas capable de fournir à la SEC des renseignements comme ceux demandés en l’espèce, la SEC devrait tenir compte de ce fait pour décider jusqu’à quel point elle pourrait, à l’avenir, répondre à des demandes de la [Commission] fondées sur le protocole.

De façon peut-être encore plus fondamentale, je dois souligner que la Commission n’est pas tenue d’établir que l’al. 141(1)(b) est nécessaire pour garantir l’assistance de la SEC. Elle doit seulement établir que l’objectif de la disposition est légitime. Vu que l’assistance de la SEC serait incertaine si la

30

31

32

Commission, I have no doubt that such a valid purpose exists. I therefore agree with the Commission that one of the dominant purposes of s. 141(1)(b) is obtaining reciprocal cooperation from other securities regulators, thus enabling the Commission to carry out its domestic mandate effectively.

(b) *Discovering Wrongdoings by British Columbia Registrants in Other Jurisdictions*

33 It is well accepted that securities regulation is concerned not only with the securities themselves, but also with the people who sell them. Kerwin C.J. recognized this point in *Smith v. The Queen*, [1960] S.C.R. 776, which upheld a provincial law regulating prospectuses, at p. 781:

[T]he main purpose of the provincial enactment is to ensure the registration of persons and companies before they are permitted to trade in securities, coupled with what is essentially the registration of the securities themselves before the latter may be traded. . . .

Similarly, in *Lymburn v. Mayland*, [1932] 2 D.L.R. 6, the Privy Council upheld Alberta's *Security Frauds Prevention Act*, the purpose of which it described as follows, at p. 9:

There is no reason to doubt that the main object sought to be secured in this part of the Act is to secure that persons who carry on the business of dealing in securities shall be honest and of good repute, and in this way to protect the public from being defrauded. [Emphasis added.]

See also *Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission*, [1961] S.C.R. 584, at p. 588; Anisman and Hogg, *supra*, at p. 154; D. Johnston and K. D. Rockwell, *Canadian Securities Regulation* (2nd ed. 1998), at p. 4.

34 Given the Commission's legitimate concern with ensuring that domestic registrants are "honest

Commission n'était pas en mesure de lui rendre la politesse, je n'ai aucun doute qu'un tel objectif valide existe. Je suis donc d'accord avec la Commission pour dire que l'un des objectifs dominants de l'al. 141(1)(b) est d'obtenir la coopération réciproque d'autres organismes de réglementation du marché des valeurs mobilières, de façon à permettre à cette dernière de remplir efficacement son mandat dans la province.

b) *Déceler les méfaits accomplis dans d'autres ressorts par des courtiers inscrits en Colombie-Britannique*

Il est bien reconnu que la réglementation des valeurs mobilières porte non seulement sur les valeurs mobilières elles-mêmes, mais également sur les personnes qui les vendent. Le juge en chef Kerwin a reconnu ce point dans l'arrêt *Smith c. The Queen*, [1960] R.C.S. 776, qui a confirmé la validité d'une loi provinciale réglementant les prospectus (à la p. 781):

[TRADUCTION] [L]a loi provinciale vise principalement à assurer que les personnes physiques et morales soient inscrites avant de pouvoir faire le commerce des valeurs mobilières, et en même temps à assurer essentiellement que les valeurs mobilières elles-mêmes soient inscrites avant qu'il soit permis d'en faire le commerce . . .

De même, dans *Lymburn c. Mayland*, [1932] 2 D.L.R. 6, le Conseil privé a confirmé la validité de la *Security Frauds Prevention Act* de l'Alberta, dont il a décrit l'objectif de la façon suivante, à la p. 9:

[TRADUCTION] Il n'y a aucune raison de douter que le principal objectif visé par cette partie de la loi est de garantir que les personnes qui font le commerce de valeurs mobilières soient honnêtes et de bonne réputation, et de protéger ainsi le public contre la fraude. [Je souligne.]

Voir également *Gregory & Co. c. Quebec Securities Commission*, [1961] R.C.S. 584, à la p. 588; Anisman et Hogg, *loc. cit.*, à la p. 154; D. Johnston et K. D. Rockwell, *Canadian Securities Regulation* (2^e éd. 1998), à la p. 4.

Compte tenu du souci légitime de la Commission de veiller à ce que les courtiers inscrits dans la

and of good repute”, another obvious purpose of s. 141(1)(b) is uncovering violations of foreign law by domestic registrants. The intervener the Attorney General for Quebec aptly summarized the point in its factum as follows (at p. 7):

[TRANSLATION] ... the Securities Commission could take into account violations such persons have committed in carrying on that business outside the province, in order to protect the clients of such persons within the province and with respect to transactions taking place there.

The respondent disagrees, arguing that this purpose explains s. 141(1)(d), not s. 141(1)(b). The former provision authorizes an order for production of documents “in respect of matters in British Columbia relating to trading in securities in another jurisdiction”. If British Columbia is interested in foreign violations, the respondent submits, it should conduct its own investigation pursuant to s. 141(1)(d).

With respect, I cannot agree. If British Columbia can legitimately conduct its own investigation of foreign violations, certainly it can choose to have that task carried out by a foreign regulator, which is presumably better positioned to conduct such an investigation. The simple fact that the Commission is itself empowered to investigate under s. 141(1)(d) does not change the purpose of s. 141(1)(b). I therefore conclude that another primary goal of the latter provision is uncovering foreign violations of securities laws by domestic registrants.

(c) *The Extra-provincial Aspects of the Law Are Incidental*

The respondent puts a great deal of emphasis on the fact that the impugned provision enables the Commission to turn evidence over to a foreign regulatory body. As such, it argues that the purpose

province soient «honnêtes et de bonne réputation», un autre objectif manifeste de l'al. 141(1)(b) est de déceler les violations de lois étrangères par ces courtiers. Le procureur général du Québec intervenant a bien résumé ce point dans son mémoire (à la p. 7):

... la Commission des valeurs mobilières pourrait prendre en compte les fautes que ces personnes ont commises dans l'exploitation de ce commerce à l'extérieur de la province, dans le but de protéger les clients de ces personnes à l'intérieur de la province et à l'égard de transactions y ayant lieu.

L'intimée n'est pas d'accord et elle soutient que cet objectif explique l'al. 141(1)(d) et non pas l'al. 141(1)(b). Le premier alinéa prévoit qu'une ordonnance de production de documents peut être rendue [TRADUCTION] «à l'égard de questions qui, en Colombie-Britannique, se rapportent à des opérations de courtage en valeurs mobilières dans un autre ressort». L'intimée soutient que, si la Colombie-Britannique s'intéresse à des violations commises à l'étranger, elle doit effectuer sa propre enquête en application de l'al. 141(1)(d).

En toute déférence, je ne saurais être d'accord. Si la Colombie-Britannique peut légitimement effectuer sa propre enquête sur des violations commises à l'étranger, elle peut certainement choisir de confier cette tâche à un organisme de réglementation étranger, qui est probablement mieux placé pour l'accomplir. Le simple fait que la Commission est elle-même habilitée à enquêter en vertu de l'al. 141(1)(d) ne change rien à l'objectif de l'al. 141(1)(b). Je conclus donc qu'un autre objectif principal de ce dernier alinéa est de déceler les violations de lois étrangères sur les valeurs mobilières commises par des courtiers inscrits dans la province.

c) *Les aspects extraprovinciaux de la mesure législative sont accessoires*

L'intimée insiste beaucoup sur le fait que la disposition législative contestée permet à la Commission de remettre des éléments de preuve à un organisme de réglementation étranger. Elle soutient

35

36

37

must be to assist the enforcement of foreign law. With respect, this argument confuses the purpose of a law with the means chosen to achieve that purpose. As discussed above, the purpose of s. 141(1)(b) is the enforcement of domestic securities law, both by obtaining reciprocal assistance from foreign regulators, and by discovering foreign securities law violations by domestic registrants. Authorizing an order for production of information to assist a foreign regulator under s. 141(1)(b) is merely the means by which the Commission achieves these goals. Indeed, given the overwhelming evidence supporting the appellant's position, I cannot agree with the respondent that British Columbia has passed a law whose dominant purpose is to assist a foreign body. Accordingly, in these circumstances, I would not ascribe such a purpose to s. 141(1)(b).

que cette disposition a, de ce fait, nécessairement pour objectif d'aider à appliquer des lois étrangères. En toute déférence, j'estime que cet argument confond l'objectif d'une loi avec les moyens choisis pour atteindre cet objectif. Comme nous l'avons vu, l'al. 141(1)b) a pour objet d'appliquer la loi provinciale sur les valeurs mobilières grâce à l'assistance réciproque d'organismes de réglementation étrangers et à la découverte de violations de lois étrangères sur les valeurs mobilières commises par des courtiers inscrits dans la province. Permettre qu'une ordonnance de production de renseignements, fondée sur l'al. 141(1)b), soit rendue pour aider un organisme de réglementation étranger n'est que le moyen que prend la Commission pour atteindre ces objectifs. En effet, compte tenu de la preuve abondante qui étaye le point de vue de l'appelante, je ne puis souscrire à l'avis de l'intimée que la Colombie-Britannique a adopté une loi ayant pour objectif dominant d'assister un organisme étranger. Dans ces circonstances, je suis donc d'avis de ne pas attribuer un tel objectif à l'al. 141(1)b).

38

Moreover, I do not believe the effects of s. 141(1)(b) alter my analysis of its pith and substance. While it does involve relations with a foreign authority, s. 141(1)(b) does not attempt to extend the reach of provincial legislation outside its borders: see *McGuire v. McGuire*, [1953] O.R. 328 (C.A.), at p. 334. As several provincial interveners pointed out in their submissions, administrative arrangements between provinces and foreign authorities are quite common. Without commenting on the constitutionality of any of these arrangements, I would note simply that where, as here, there is a clearly dominant intraprovincial purpose, the mere fact that the province is co-operating with a foreign authority in the pursuit of that purpose will not change the law's pith and substance: see E. Edinger, "Territorial Limitations on Provincial Powers" (1982), 14 *Ottawa L. Rev.* 57, at p. 94. In short, the extra-provincial effects of s. 141(1)(b) are clearly incidental to the dominant purposes described above.

En outre, je ne crois pas que les effets de l'al. 141(1)b) modifient mon analyse de son caractère véritable. Bien qu'il implique l'existence de rapports avec un organisme étranger, l'al. 141(1)b) ne tente pas d'étendre la portée de la mesure législative provinciale au-delà des frontières de la province: voir *McGuire c. McGuire*, [1953] O.R. 328 (C.A.), à la p. 334. Comme plusieurs intervenants provinciaux l'ont souligné dans leurs observations, il arrive très souvent que des provinces concluent des ententes administratives avec des organismes étrangers. Sans faire de commentaire sur la constitutionnalité de l'une ou l'autre de ces ententes, je souligne simplement que, dans le cas où, comme en l'espèce, il existe un objectif intraprovincial clairement dominant, le simple fait que la province coopère avec un organisme étranger en vue de réaliser cet objectif ne modifie pas le caractère véritable de la loi en cause: voir E. Edinger, «Territorial Limitations on Provincial Powers» (1982), 14 *Ottawa L. Rev.* 57, à la p. 94. Bref, les effets extra-provinciaux de l'al. 141(1)b) sont nettement accessoires aux objectifs dominants décrits plus haut.

2. Assigning the Legislation to a Head of Provincial Jurisdiction

Having characterized the law, I now turn to determining whether the law can be assigned to an enumerated head of provincial authority. In argument, the respondent and several interveners suggested two possible sources: “Property and Civil Rights”, and “Administration of Justice”. Because of my conclusion that the legislation fits within “Property and Civil Rights”, I do not find it necessary to address the “Administration of Justice” issue.

(a) *Section 92(13): Property and Civil Rights in the Province*

I conclude that the “pith and substance” of s. 141(1)(b), as described above, falls within the scope of s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, “Property and Civil Rights in the Province”. Section 141(1)(b)’s dominant purpose is the effective regulation of domestic securities, a task that has long been recognized to fall within provincial authority: see *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, at pp. 183-85; *Smith, supra*; *Lymburn, supra*.

Moreover, it is well established that the provinces’ authority over securities regulation is not limited to purely intraprovincial matters. In *Gregory, supra*, the Quebec-based broker in question was prosecuted solely for transactions outside the province. This Court nonetheless held that Quebec had a legitimate interest in those transactions. Conversely, in *R. v. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56, the Manitoba Court of Appeal held that a province can regulate a broker located outside the province if that broker transacts with clients within the province.

Two different courts of appeal have also acknowledged that provincial regulatory bodies may have jurisdiction to investigate violations of

2. Rattacher la mesure législative à un chef de compétence provinciale

Après avoir qualifié la loi en cause, je vais maintenant déterminer si elle peut être rattachée à un chef énuméré de compétence provinciale. Dans leurs plaidoiries, l’intimée et plusieurs intervenants ont indiqué deux sources possibles: «la propriété et les droits civils» et «l’administration de la justice». Vu ma conclusion que la mesure législative relève de «la propriété et [d]es droits civils», je juge qu’il n’est pas nécessaire d’aborder la question de l’«administration de la justice».

a) *Le paragraphe 92(13): la propriété et les droits civils dans la province*

Je conclus que le «caractère véritable», décrit plus haut, de l’al. 141(1)(b) relève du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à savoir «la propriété et les droits civils dans la province». L’objectif dominant de l’al. 141(1)(b) est la réglementation efficace du marché des valeurs mobilières dans la province, une tâche qui est considérée depuis longtemps comme relevant de la compétence des provinces: voir *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, aux pp. 183 à 185; *Smith, précité*; *Lymburn, précité*.

En outre, il est bien établi que la compétence des provinces en matière de réglementation du marché des valeurs mobilières ne se limite pas aux questions purement intraprovinciales. Dans l’affaire *Gregory, précitée*, le courtier en cause, dont le bureau était situé au Québec, n’avait été poursuivi que pour des opérations qui avaient eu lieu à l’extérieur de la province. Notre Cour a néanmoins conclu que le Québec avait un intérêt légitime dans ces opérations. Inversement, dans l’arrêt *R. c. W. McKenzie Securities Ltd.* (1966), 56 D.L.R. (2d) 56, la Cour d’appel du Manitoba a conclu qu’une province peut réglementer les activités d’un courtier de l’extérieur de la province si celui-ci transige avec des clients se trouvant dans la province.

Deux autres cours d’appel ont également reconnu que les organismes de réglementation provinciaux peuvent avoir compétence pour enquêter

39

40

41

42

foreign law. In *Re Legault and Law Society of Upper Canada* (1975), 58 D.L.R. (3d) 641, the Ontario Court of Appeal upheld the Law Society's authority to entertain a complaint about the conduct of an Ontario lawyer in another jurisdiction. As the court noted at p. 643, "the jurisdiction of the Law Society over its member is a personal one, which extends to the member's conduct without territorial limitation". In *Re Underwood McLellan & Associates Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 268 (Sask. C.A.), the court similarly upheld the power of the Association of Professional Engineers to examine conduct outside the province in making its licensing decisions.

sur des violations de lois étrangères. Dans *Re Legault and Law Society of Upper Canada* (1975), 58 D.L.R. (3d) 641, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé le pouvoir du barreau de cette province d'entendre une plainte sur la conduite d'un avocat ontarien dans un autre ressort. Comme la cour l'a souligné, à la p. 643, [TRADUCTION] «la compétence du Barreau à l'égard de ses membres, qui est de nature personnelle, s'étend sans limite territoriale à leur conduite». Dans *Re Underwood McLellan & Associates Ltd.* (1979), 103 D.L.R. (3d) 268 (C.A. Sask.), la cour a, de la même façon, confirmé le pouvoir de l'Association of Professional Engineers d'examiner la conduite à l'extérieur de la province, en prenant ses décisions en matière de permis.

43

Both these cases recognize that provincial regulatory bodies governing professions with a strong interjurisdictional aspect must be able to take into account events occurring abroad. This rationale may not necessarily hold in all circumstances, and each case must be decided on its own facts. However, given the Commission's clear authority over domestic securities regulation, and the clearly interjurisdictional nature of securities regulation in general, I find that it must apply in the present appeal. Assisting in the investigation of possible violations of foreign securities laws falls under the Commission's power under s. 92(13) to regulate British Columbia's securities market.

Ces deux arrêts reconnaissent que les organismes de réglementation provinciaux qui régissent les professions dont le champ d'action dépasse, de façon importante, les limites d'un ressort doivent pouvoir prendre en considération des faits survenus à l'étranger. Il se peut que ce raisonnement ne tienne pas nécessairement dans tous les cas, et chaque cas doit être tranché en fonction des ses propres faits. Cependant, vu la compétence manifeste que la Commission possède en matière de réglementation du marché des valeurs mobilières dans la province, et vu que, de par sa nature, la réglementation des valeurs mobilières en général dépasse clairement les limites d'un ressort, j'estime que ce raisonnement doit s'appliquer dans le présent pourvoi. Aider à enquêter sur d'éventuelles violations de lois étrangères en matière de valeurs mobilières relève du pouvoir que la Commission possède, en vertu du par. 92(13), de réglementer le marché des valeurs mobilières de la Colombie-Britannique.

44

I therefore conclude that the pith and substance of s. 141(1)(b) falls within British Columbia's authority to regulate securities. Obtaining reciprocal cooperation and uncovering violations abroad are both aspects of the Commission's mandate, which fits easily within s. 92(13).

Je conclus donc que le caractère véritable de l'al. 141(1)(b) relève du pouvoir de la Colombie-Britannique de réglementer le marché des valeurs mobilières. Réaliser une coopération mutuelle et déceler des violations à l'étranger sont deux aspects du mandat de la Commission, qui cadre aisément avec le par. 92(13).

C. *The Ancillary Doctrine*

Having concluded that s. 141(1)(b) is, in pith and substance, valid provincial legislation, there is no need to discuss the last two steps of the analysis set out by Dickson C.J. in *GM Canada*, *supra*, frequently referred to collectively as the “ancillary” doctrine: see Hogg, *supra*, at p. 15-35. Indeed, given that this appeal does not involve an allegation that one level of government is trenching on another’s sphere of competence, as *GM Canada* did, it is not even clear that this doctrine is applicable. Nevertheless, I would note that even if s. 141(1)(b) were not in pith and substance provincial, it would clearly be justified under the ancillary doctrine. Section 141(1)(b) is a part of a valid legislative scheme, namely, the *Securities Act*. Moreover, even assuming that the most rigorous version of the ancillary doctrine applies, I believe that s. 141(1)(b) is “necessarily incidental” to the *Securities Act* and would therefore also uphold it under the ancillary doctrine.

The Attorney General of Canada intervened in this appeal to argue that:

[I]f the provision in question is held to be within provincial jurisdiction, this decision would not preclude overlapping federal jurisdiction over securities matters in respect of international and interprovincial transactions and co-operation, or any other relevant head of federal jurisdiction.

Since the central question presented by this appeal is the power of the province to enact s. 141(1)(b), I decline to comment on the constitutionality of hypothetical overlapping federal legislation. I would note, however, that this Court has already upheld aspects of federal securities regulation, in another context, in *Multiple Access*, *supra*, under the “double aspect” theory. The Court’s decision

C. *Le principe de la compétence accessoire*

Vu ma conclusion que l’al. 141(1)(b) est, de par son caractère véritable, une disposition législative provinciale valide, il n’est pas nécessaire d’aborder les deux dernières étapes de l’analyse énoncée par le juge en chef Dickson dans l’arrêt *GM Canada*, précité, que l’on désigne souvent sous le nom de principe de la «compétence accessoire»: voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 15-35. En fait, comme il n’est pas allégué, dans le présent pourvoi, qu’un niveau de gouvernement empiète sur le champ de compétence d’un autre niveau de gouvernement, comme c’était le cas dans l’arrêt *GM Canada*, précité, il n’est même pas évident que ce principe s’applique en l’espèce. Je tiens néanmoins à faire remarquer que, même s’il n’était pas, de par son caractère véritable, de nature provinciale, l’al. 141(1)(b) serait clairement justifié en vertu du principe de la compétence accessoire. Cet alinéa fait partie d’un régime législatif valide, à savoir la *Securities Act*. De plus, même en supposant que la version la plus stricte du principe de la compétence accessoire s’applique, j’estime que l’al. 141(1)(b) est «nécessairement accessoire» à la *Securities Act* et, partant, je suis d’avis d’en confirmer également la validité en vertu du principe de la compétence accessoire.

Le procureur général du Canada est intervenu dans le présent pourvoi pour soutenir que:

[TRADUCTION] [S]i on concluait que la disposition en question relève de la compétence de la province, cela n’empêcherait pas l’existence d’une compétence fédérale chevauchante en matière de valeurs mobilières, à l’égard des opérations et de la coopération internationales et interprovinciales, ou de tout autre chef de compétence fédérale pertinent.

Comme la question centrale que soulève le présent pourvoi concerne le pouvoir de la province d’adopter l’al. 141(1)(b), je m’abstiens de faire des remarques sur la constitutionnalité d’une hypothétique loi fédérale chevauchante à cet égard. Je tiens cependant à souligner que notre Cour a déjà invoqué, dans l’arrêt *Multiple Access*, précité, la règle du «double aspect» pour confirmer la validité de certains aspects de la réglementation fédérale des valeurs mobilières dans un autre contexte.

in the present appeal should not be taken in any way to question the holding of that case.

VII. Conclusion and Disposition

47

In summary, I find that s. 141(1)(b) of the British Columbia *Securities Act* is, in pith and substance, aimed at furthering the effective enforcement of domestic securities laws and as such falls within the province's powers under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*. The appeal is allowed with costs throughout, the judgment of the Court of Appeal for British Columbia is set aside, and the judgment of Macdonald J. is restored.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: James A. Angus and Stephen M. Zolnay, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

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

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Department of Justice, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

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

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

L'arrêt de notre Cour en l'espèce ne doit nullement être interprété comme mettant en doute l'arrêt *Multiple Access*.

VII. Conclusion et dispositif

En résumé, j'estime que l'al. 141(1)(b) de la *Securities Act* de la Colombie-Britannique vise, de par son caractère véritable, à favoriser l'application efficace des lois sur les valeurs mobilières de la province et qu'à ce titre il relève de la compétence conférée à la province par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le pourvoi est accueilli avec dépens dans toutes les cours, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est annulé et le jugement du juge Macdonald est rétabli.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: James A. Angus et Stephen M. Zolnay, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Nathanson, Schachter & Thompson, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le ministère de la Justice, Toronto.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le ministère de la Justice, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

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

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

Solicitors for the intervener the Ontario Securities Commission: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener the Commission des valeurs mobilières du Québec: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitor for the intervener the Alberta Securities Commission: Anne J. Brown, Calgary.

Procureurs de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières du Québec: McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureur de l'intervenante l'Alberta Securities Commission: Anne J. Brown, Calgary.

G.D.B. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. G.D.B.

Neutral citation: 2000 SCC 22.

File No.: 27240.

2000: January 28; 2000: April 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Fresh evidence — Due Diligence — Competence of trial counsel — General approach to miscarriages of justice based on existence of fresh evidence — Fresh evidence available at trial but not adduced into evidence because of tactical decision of trial counsel — Whether due diligence criterion of test to admit fresh evidence met — Whether trial counsel was incompetent — Whether failure to use fresh evidence at trial resulted in miscarriage of justice.

The accused was charged with three sexual offences. At trial, the complainant, the accused's adopted daughter, testified that he began touching her in a sexual manner when she was 12 years old and that the inappropriate conduct culminated in 1984 when he sexually assaulted her by having non-consensual sexual intercourse. The complainant left home the day of that incident. She first complained to the police in 1994. Because of a tactical decision of defence counsel, an audio-taped conversation between the complainant and her mother, in which the complainant denied that she had been sexually molested by the accused, was not introduced into evidence. The tape had been surreptitiously recorded by the mother in 1984, a few days after the alleged incident. In cross-examination, the complainant denied having had any contact with her mother at that time. In her testimony, the mother contradicted the complainant's evidence. The jury convicted the accused of sexual assault and indecent assault but acquitted him of sexual assault with alleged forced sexual intercourse. On appeal, new

G.D.B. *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. G.D.B.

Référence neutre: 2000 CSC 22.

N° du greffe: 27240.

2000: 28 janvier; 2000: 27 avril.

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

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

Droit criminel — Élément de preuve nouveau — Diligence raisonnable — Compétence de l'avocat de la défense — Approche générale applicable en matière d'erreurs judiciaires lorsqu'il existe des éléments de preuve nouveaux — Élément de preuve nouveau disponible au moment du procès mais non produit par suite d'une décision d'ordre tactique de l'avocat de la défense — Le volet diligence raisonnable du critère relatif à l'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux est-il respecté? — L'avocat de l'accusé au procès était-il incompetent? — L'omission d'utiliser l'élément de preuve nouveau au procès a-t-elle entraîné une erreur judiciaire?

L'accusé a été inculpé de trois infractions à caractère sexuel. Au procès, la plaignante, sa fille adoptive, a témoigné qu'il avait commencé à se livrer des attouchements sexuels sur elle lorsqu'elle était âgée de 12 ans et que ces agissements inappropriés avaient atteint leur paroxysme en 1984 lorsqu'il l'a agressée sexuellement en ayant avec elle des relations sexuelles non consentuelles. La plaignante a quitté la maison familiale le jour de cet événement. Elle a porté plainte pour la première fois à la police en 1994. Par suite d'une décision d'ordre tactique de l'avocat de la défense, un enregistrement audio d'une conversation qu'a eue la plaignante avec sa mère et au cours de laquelle la première n'aurait pas été agressée sexuellement par l'accusé n'a jamais été présentée en preuve. L'enregistrement avait été réalisé subrepticement par la mère en 1984, quelques jours après les faits reprochés. Durant le contre-interrogatoire, la plaignante a nié avoir eu quelque contact que ce soit avec sa mère au cours de la période en question. Au cours de son témoignage, la mère a contredit la

counsel sought reversal of the convictions on the grounds that the accused's trial counsel was incompetent, or that the fresh evidence not used at trial on counsel's advice impacted on the issue of guilt or innocence, and the failure to use this evidence resulted in a miscarriage of justice. The Court of Appeal appointed a commissioner to conduct an inquiry concerning whether the fresh evidence relating to guilt or innocence and to the competence of defence counsel was credible. Informed by the commissioner's findings, a majority of the Court of Appeal dismissed the accused's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The four criteria applicable to an appeal based upon fresh evidence were stated by this Court in *Palmer* to be due diligence, relevancy of the evidence, credibility of the evidence and the expectation that it would have affected the result. The due diligence criterion will be met where the evidence was not led due to the incompetence of counsel. A finding of incompetence requires the appellant to establish, first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and, second, that a miscarriage of justice resulted. Where it is apparent that no prejudice has occurred, it will usually be undesirable for appellate courts to consider the performance component of the analysis. Here, defence counsel satisfied the commissioner and all three members of the Court of Appeal that his decision was competent and may have resulted in the accused's acquittal on the most serious charge. Defence counsel had feared that the production of the tape would destroy the credibility of his main witness, the accused's spouse, and the destruction of her credibility would have forced the accused, who counsel considered to be a poor witness, to testify. Where, in the course of a trial, counsel makes a decision in good faith and in the best interests of his client, a court should not look behind it save only to prevent a miscarriage of justice. While there are decisions that defence counsel are ethically bound to discuss with the client and regarding which they must obtain instructions, on the facts of this case, counsel had the carriage of the defence and the implied authority to make tactical decisions in the best interests of his client. In any event, the failure to obtain specific instructions did not affect the outcome of the trial. In the absence of a miscarriage of justice, the ques-

plaignante. Le jury a déclaré l'accusé coupable d'agression sexuelle et d'attentat à la pudeur, mais l'a acquitté d'un chef d'agression sexuelle lui reprochant d'avoir forcé la plaignante à avoir des rapports sexuels avec lui. En appel, le nouvel avocat de l'accusé a demandé l'annulation des déclarations de culpabilité pour les motifs suivants: l'avocat de l'accusé au procès était incompetent; l'élément de preuve nouveau qui, sur les conseils de l'avocat, n'avait pas été utilisé au procès était une preuve qui avait une incidence sur la question de la culpabilité ou de l'innocence, et le fait de ne pas l'avoir utilisé avait entraîné une erreur judiciaire. La Cour d'appel a nommé un commissaire, qu'elle a chargé de faire enquête sur la crédibilité des éléments de preuve nouveaux relatifs à la question de la culpabilité ou de l'innocence et à celle de la compétence de l'avocat au procès. Après avoir pris connaissance des conclusions du commissaire, la Cour d'appel a, à la majorité, rejeté l'appel de l'accusé.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les quatre critères applicables en cas d'appel fondé sur l'existence d'éléments de preuve nouveaux ont été énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Palmer* et sont: la diligence raisonnable, la pertinence de l'élément de preuve, sa plausibilité et la possibilité qu'il aurait influé sur l'issue du procès. Le critère de la diligence raisonnable est respecté si c'est en raison de l'incompétence de l'avocat que l'élément de preuve n'a pas été produit. Pour que le tribunal conclue à l'incompétence, l'appelant doit établir, premièrement, que les actes ou omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, deuxièmement, qu'une erreur judiciaire en a résulté. Dans les cas où il est clair qu'aucun préjudice n'a été causé, il n'est généralement pas souhaitable que les cours d'appel s'arrêtent à l'examen du travail de l'avocat. En l'espèce, l'avocat de la défense a convaincu le commissaire et les trois juges de la Cour d'appel qu'il avait fait preuve de compétence en prenant sa décision et qu'elle avait pu entraîner l'acquittement de l'accusé à l'égard de l'accusation la plus grave. L'avocat de la défense craignait que la production de l'enregistrement en preuve détruisse la crédibilité de son témoin principal, l'épouse de l'accusé, ce qui aurait contraint l'accusé à témoigner, et l'avocat considérait que ce dernier ferait un piètre témoin. Lorsque, durant un procès, l'avocat prend de bonne foi une décision dans l'intérêt de son client, les tribunaux ne devraient pas la remettre en question, si ce n'est pour empêcher une erreur judiciaire. Bien qu'il y ait des décisions que les avocats de la défense doivent, en vertu des règles de déontologie, discuter avec leurs clients et à l'égard desquelles ils doivent obtenir des instructions, il ressort des faits de la

tion of the competence of counsel is usually a matter of professional ethics and is not a question for the appellate courts to consider. Since defence counsel had implied authority to decide not to use the tape, the accused has failed to satisfy the due diligence criterion.

The due diligence criterion, however, is not an essential requirement of the fresh evidence test, particularly in criminal cases, and it must yield in circumstances where its rigid application would result in a miscarriage of justice. The accused failed to establish that such a danger exists. Not only were the tapes unlikely to adversely affect the credibility of the complainant but it was reasonable to conclude that using the tape at trial would have undermined the credibility of the accused's spouse. The fact that she chose to create the tape in 1984 could be seen as an apprehension that criminal conduct had occurred. There exists no reasonable possibility that the use of the "fresh" evidence in this case might have affected the two guilty verdicts rendered by the jury.

Cases Cited

Applied: *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759; *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579; *R. v. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484; *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633; **referred to:** *R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(d). *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 650(3), 683(1)(e)(ii).

Authors Cited

Law Society of Alberta. *Alberta Code of Professional Conduct*. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf).

présente affaire, que l'avocat en cause était chargé de la défense et qu'il avait l'autorisation implicite de prendre des décisions d'ordre tactique dans l'intérêt de son client. Quoi qu'il en soit, l'omission d'obtenir des instructions précises n'a pas influencé l'issue du procès. En l'absence d'erreur judiciaire, la compétence de l'avocat est généralement une question de déontologie professionnelle qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'appel d'examiner. Comme l'avocat de la défense avait l'autorisation implicite de décider de ne pas utiliser l'enregistrement, l'accusé n'a pas satisfait au critère de diligence raisonnable.

Toutefois, la diligence raisonnable n'est pas une condition essentielle d'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux, particulièrement dans les affaires criminelles, et ce critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide entraînerait une erreur judiciaire. L'accusé n'est pas parvenu à établir l'existence d'un tel risque. Non seulement l'enregistrement n'aurait-il vraisemblablement pas miné la crédibilité de la plaignante, mais il était raisonnable de conclure qu'il aurait miné celle de la conjointe de l'accusé. Le fait que cette dernière ait décidé de procéder à l'enregistrement en 1984 pourrait être perçu comme une crainte que des agissements criminels aient eu lieu. Il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'utilisation de l'élément de preuve «nouveau» dans la présente affaire aurait influé sur les deux verdicts de culpabilité prononcés par le jury.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759; *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579; *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402; *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484; *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés:** *R. c. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35; *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(d). *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 650(3), 683(1)(e)(ii).

Doctrine citée

Law Society of Alberta. *Alberta Code of Professional Conduct*. Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf).

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1999), 133 C.C.C. (3d) 309, 232 A.R. 307, 195 W.A.C. 307, [1999] A.J. No. 342 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction for sexual assault and indecent assault. Appeal dismissed.

Ben R. Plumer, for the appellant.

Joshua B. Hawkes, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. — The appellant, G.D.B. was convicted of sexual and indecent assault. He was sentenced to concurrent terms of 36 and 20 months' imprisonment. He was acquitted on a count of sexual assault which alleged forced sexual intercourse. His appeal was dismissed by a majority of the Alberta Court of Appeal.

This appeal as of right considers whether a new trial ought to be ordered on the basis of fresh evidence.

The evidence sought to be admitted was the taped recording of the complainant denying misconduct on the part of the appellant. This evidence was available at trial but not used because of a tactical decision of trial counsel.

The appellant now submits that his trial counsel was incompetent and that that incompetency satisfies the need to establish that the evidence could not have been adduced at trial on the exercise of due diligence.

I conclude, for the reasons that follow, that in the absence of a miscarriage of justice, the question of the competence of counsel is usually a matter of professional ethics and is not a question for the appellate courts to consider. In the result, the appeal fails.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1999), 133 C.C.C. (3d) 309, 232 A.R. 307, 195 W.A.C. 307, [1999] A.J. No. 342 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour agression sexuelle et attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté.

Ben R. Plumer, pour l'appelant.

Joshua B. Hawkes, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR — L'appelant, G.D.B., a été déclaré coupable d'agression sexuelle et d'attentat à la pudeur. Il a été condamné à des peines d'emprisonnement de 36 et 20 mois respectivement, à purger de façon concurrente. Il a été acquitté d'un chef d'agression sexuelle lui reprochant d'avoir contraint la plaignante à avoir des relations sexuelles avec lui. La Cour d'appel de l'Alberta a rejeté son appel à la majorité.

La question faisant l'objet du présent appel de plein droit est de savoir si un nouveau procès doit être ordonné en raison de l'existence d'un élément de preuve nouveau.

L'élément de preuve nouveau que l'on cherche à faire admettre est un enregistrement dans lequel la plaignante nie toute inconduite de la part de l'appelant. Cet élément de preuve était disponible au procès, mais il n'a pas été utilisé par suite d'une décision d'ordre tactique de l'avocat qui représentait alors l'appelant.

L'appelant plaide maintenant que cet avocat était incompetent et que cette compétence établit que l'élément de preuve n'aurait pu être produit au procès en faisant preuve de diligence raisonnable.

Pour les motifs qui suivent, j'estime que, en l'absence d'erreur judiciaire, la compétence de l'avocat est généralement une question de déontologie professionnelle qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'appel d'examiner. Le pourvoi est donc rejeté.

1

2

3

4

5

I. Facts

6 J.W., the appellant's adopted daughter and complainant on each count in the indictment testified that the appellant began touching her in a sexual manner when she was 12 years old. It happened, she said, on numerous occasions when he entered her bedroom, either at night, or at other times and in other locations when they were alone. She further testified that the inappropriate conduct culminated in June 1984, when the appellant sexually assaulted her by having non-consensual sexual intercourse. The complainant left home that day. She first complained to the police about these incidents in 1994, when she was a mature and married woman and had lived away from home for over a decade.

7 The "fresh" evidence to be considered on this appeal is an audio-taped conversation between J.W. and her mother, M.B., in which J.W. denied that she had been sexually molested by the appellant. The recording was surreptitiously taped by M.B. in 1984, a few days after J.W.'s departure from home. Ten years later, when the complainant brought her story to the police, M.B. gave the tape to the appellant's lawyer. The tape remained in his possession throughout the trial.

8 Trial counsel chose not to introduce the tape in evidence. Instead, he raised questions about the contents of the tape on cross-examination of the complainant who was not aware that the tape existed. The complainant denied having had any contact with her mother, M.B., until about three months after she had left home permanently. She had no specific recollection of the detailed conversation which was put to her in cross-examination at the trial.

9 The appellant did not testify. The appellant's spouse M.B. testified and contradicted the complainant's evidence about the conversation, which she said occurred shortly after the complainant left

I. Les faits

J.W., qui est la fille adoptive de l'appelant et la plaignante relativement à tous les chefs d'accusation, a témoigné que l'appelant avait commencé à se livrer à des attouchements sexuels sur elle lorsqu'elle avait 12 ans. Elle a dit que cela s'était produit à de nombreuses occasions, dans sa chambre lorsqu'il y entrait la nuit ou à d'autres moments, et à d'autres endroits lorsqu'ils étaient seuls. Elle a ajouté que ces agissements ont atteint leur paroxysme en juin 1984, lorsque l'appelant l'a agressée sexuellement en ayant avec elle des relations sexuelles non consensuelles. La plaignante a quitté la maison familiale ce jour-là. Elle a porté plainte à la police au sujet de ces événements pour la première fois en 1994. Elle était alors adulte et mariée, et avait quitté la maison familiale depuis plus d'une dizaine d'années.

L'élément de preuve «nouveau» en cause dans le présent pourvoi est l'enregistrement audio d'une conversation entre J.W. et sa mère, M.B., au cours de laquelle J.W. nie avoir été agressée sexuellement par l'appelant. La conversation a été enregistrée subrepticement par M.B. en 1984, quelques jours après le départ de J.W. de la maison familiale. Dix ans plus tard, lorsque la plaignante a fait part de son récit à la police, M.B. a remis l'enregistrement à l'avocat de l'appelant. L'enregistrement est demeuré en possession de ce dernier pendant tout le procès.

L'avocat de l'appelant au procès a décidé de ne pas déposer l'enregistrement en preuve. Il a plutôt posé des questions sur son contenu au cours de son contre-interrogatoire de la plaignante, qui ne savait pas que l'enregistrement existait. La plaignante a nié avoir eu quelque contact que ce soit avec sa mère, M.B., pendant environ trois mois après avoir quitté la maison familiale de façon permanente. Elle n'avait aucun souvenir précis de la conversation dont on lui a fait part durant son contre-interrogatoire au procès.

L'appelant n'a pas témoigné. La conjointe de l'appelant, M.B., a témoigné et a contredit le témoignage de la plaignante au sujet de la conversation qui, a-t-elle affirmé, a eu lieu peu après le

home. She said that the complainant came with her boyfriend to collect her clothes and that the conversation occurred at that time. During the conversation, M.B. attempted to find out why the complainant had left home. Although at trial M.B. did not give a verbatim report of the questions and answers, she stated that she asked the complainant on several occasions whether the appellant had assaulted or molested her and, each time, the complainant denied having been assaulted in any manner. According to M.B.'s testimony, the only reason the complainant gave for leaving home was her dislike of the strict rules she was required to follow.

The complainant's sister, S.B., also testified. While she did not confirm the discussion about a denial of any sexual impropriety, she confirmed her mother's evidence that the complainant returned home within a few days of leaving, and had a conversation with her mother in which she indicated that her reason for leaving was her dislike of the strict house rules.

The jury acquitted the appellant of the most serious charge, sexual assault, which alleged forced intercourse to have occurred the day the complainant left home, and convicted the appellant of the other two charges.

II. Judicial History

On appeal, new counsel sought reversal of the convictions on grounds: (1) the appellant's trial counsel was incompetent, or (2) the fresh evidence not used or called at trial on the advice of counsel, was evidence that impacted on the issue of guilt or innocence, and the failure to use this evidence resulted in a miscarriage of justice.

départ de la plaignante de la maison familiale. Elle a dit que la plaignante était venue chercher ses vêtements avec son petit ami et que la conversation avait eu lieu à ce moment-là. Au cours de la conversation, M.B. a tenté de découvrir pourquoi la plaignante avait quitté la maison familiale. Bien que, au procès, M.B. n'ait pas rapporté mot pour mot les questions posées et les réponses reçues, elle a déclaré avoir demandé à la plaignante à plusieurs reprises si l'appelant l'avait agressée et qu'à chaque fois celle-ci avait nié avoir été agressée de quelque manière que ce soit. Selon le témoignage de M.B., la seule raison donnée par la plaignante pour avoir quitté la maison familiale était qu'elle n'aimait pas les règles strictes auxquelles elle devait obéir.

S.B., la sœur de la plaignante, a également témoigné. Quoiqu'elle n'ait pas confirmé l'existence de la discussion au cours de laquelle la plaignante aurait nié qu'il y ait eu quelque acte répréhensible de nature sexuelle que ce soit, elle a confirmé le témoignage de sa mère selon lequel la plaignante était revenue à la maison quelques jours après en être partie et avait eu avec sa mère une conversation au cours de laquelle elle avait indiqué qu'elle était partie parce qu'elle n'aimait pas les règles strictes appliquées à la maison.

Le jury a acquitté l'appelant du chef d'accusation le plus grave, soit celui d'agression sexuelle alléguant qu'il avait forcé la plaignante à avoir des relations sexuelles avec lui le jour où elle a quitté la maison familiale, mais l'a déclaré coupable des deux autres accusations.

II. L'historique des procédures judiciaires

En appel, le nouvel avocat de l'appelant a demandé l'annulation des déclarations de culpabilité pour les motifs suivants: (1) l'avocat de l'appelant au procès était incompetent; (2) l'élément de preuve nouveau qui, sur les conseils de l'avocat, n'avait pas été utilisé ni produit au procès était une preuve qui avait une incidence sur la question de la culpabilité ou de l'innocence, et le fait de ne pas l'avoir utilisé avait entraîné une erreur judiciaire.

10

11

12

13

As the affidavits filed on the fresh evidence application raised issues of credibility and fact which could not be conveniently resolved by the Court of Appeal, the court appointed the Honourable Roger P. Kerans, as a commissioner, pursuant to s. 683(1)(e)(ii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He was to conduct an inquiry on the following questions:

- (1) Is the first kind of fresh evidence that Mr. B. wishes this court to consider, that relating to guilt or innocence, credible in the sense that it is reasonably capable of belief?
- (2) Is the second kind of fresh evidence that Mr. B. wishes this court to consider, that relating to the competence of his trial counsel, credible in the sense that Mr. Kerans believes it? We ask that he make findings of fact in this regard.

((1997), 200 A.R. 184, at p. 187)

Commissioner Kerans held extensive hearings, took evidence from all material parties and filed a detailed report. He found the following to be an accurate transcription of the relevant portion of the tape:

M.B.: So what happened?

J.B.: Well nothing has changed since last time Mom.

M.B.: J., He hasn't laid a hand on you. I've hardly ever left you home and he hasn't touched you that way. Be honest.

J.B.: I am.

M.B.: Don't hurt me anymore. Don't lie to me about that, please. I mean if you have made up your mind to leave home fine, but don't do that to me. Dad hasn't laid a hand on you, has he?

J.B.: Well he still bugs me and stuff.

M.B.: But he hasn't laid a hand on you, has he?

J.B.: Well.

M.B.: Has he?

J.B.: Well not, he isn't as bad as he was but he still comes up and slaps you and stuff like that. I tell

Étant donné que les affidavits déposés au soutien de la demande de production du nouvel élément de preuve soulevaient des questions de crédibilité et de fait qui ne pouvaient être commodément résolues par la Cour d'appel, celle-ci a nommé l'honorable Roger P. Kerans commissaire en vertu du sous-al. 683(1)(e)(ii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et lui a demandé de faire enquête sur les questions suivantes:

[TRADUCTION]

- (1) La première catégorie d'éléments de preuve nouveaux que M. B. demande à la cour d'examiner, soit ceux relatifs à la culpabilité ou à l'innocence, sont-ils crédibles, en ce sens qu'on peut raisonnablement y ajouter foi?
- (2) Les autres éléments de preuve nouveaux que M. B. demande à la cour d'examiner, soit ceux relatifs à la compétence de l'avocat qui le représentait au procès, sont-ils crédibles, en ce sens que M. Kerans y ajoute foi? Nous lui demandons de tirer des conclusions de fait à cet égard.

((1997), 200 A.R. 184, à la p. 187)

Le commissaire Kerans a tenu de longues audiences, recueilli le témoignage de toutes les parties concernées et déposé un rapport détaillé. Il a jugé que l'échange suivant était une transcription fidèle de l'extrait pertinent de l'enregistrement:

[TRADUCTION]

M.B.: Alors, qu'est-ce qui s'est passé?

J.B.: Bien, rien n'a changé depuis la dernière fois, maman.

M.B.: J., il ne t'a pas touchée. Je t'ai rarement laissée seule à la maison et il ne t'a pas touchée comme ça. Sois honnête.

J.B.: Je le suis.

M.B.: Ne me fais plus de peine. Ne me mens pas à ce sujet-là, s'il te plaît. Je veux dire, si tu es bien décidée à quitter la maison, soit, mais ne me fais pas cela. Papa ne t'a pas touchée, n'est-ce pas?

J.B.: Bien, il est encore après moi.

M.B.: Mais il ne t'a pas touchée, n'est-ce pas?

J.B.: Bien.

M.B.: Est-ce qu'il l'a fait?

J.B.: Bien non, il n'est pas aussi pire qu'avant, mais il vient encore me donner des tapes et faire des cho-

him to leave me alone and he just says I'm not hurting you. But it bugs me.

M.B.: But he's never molested you, has he?

J.B.: No.

M.B.: He's never put his hand sexually on you did he?

J.B.: No.

M.B.: So in other words, all he did was tease you a little bit. Right?

J.B.: Yes.

There were no other statements inconsistent with the complainant J.B.'s testimony on the tape. (J.B. is J.W.'s maiden name.)

Informed by the findings of the Commissioner, a majority of the Court of Appeal denied the appellant's appeal: (1999), 232 A.R. 307. In their view, the decision not to use the tape was not incompetence, but was made by defence counsel for sound tactical reasons. In addition, they concluded that the appellant had not satisfied the criteria for the admission of fresh evidence enunciated by this Court in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

In the view of the dissenting justice, although the evidence was available at the trial, and although counsel's decision not to use the evidence was not incompetence, he stated the evidence of the tape was sufficiently compelling that it might have affected the outcome of the appellant's trial and would have ordered a new trial.

III. Analysis

A. *General Approach to Miscarriages of Justice Based on the Existence of Fresh Evidence*

This appeal centers on the existence of fresh evidence. The well-known criteria applicable to this issue were stated in *Palmer, supra*, and reaffirmed

ses comme ça. Je lui dis de me laisser tranquille et il se contente de dire «Je ne te fais pas mal». Mais ça me tape sur les nerfs.

M.B.: Mais il ne t'a jamais agressée, n'est-ce pas?

J.B.: Non.

M.B.: Il ne t'a jamais touchée sexuellement, n'est-ce pas?

J.B.: Non.

M.B.: Autrement dit, tout ce qu'il a fait c'est te taquiner un peu, pas vrai?

J.B.: Oui.

Il n'y avait aucune autre déclaration incompatible avec le témoignage de la plaignante J.B. dans l'enregistrement. (Les initiales J.B. sont celles du nom de jeune fille de J.W.)

Après avoir pris connaissance des conclusions du commissaire, les juges de la Cour d'appel ont, à la majorité, rejeté l'appel: (1999), 232 A.R. 307. À leur avis, la décision de ne pas utiliser l'enregistrement ne dénotait pas l'incompétence, mais avait plutôt été prise par l'avocat au procès pour des raisons d'ordre tactique valables. En outre, ils ont jugé que l'appellant n'avait pas satisfait aux critères relatifs à l'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux énoncés par notre Cour dans *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

De l'avis du juge dissident, même si l'élément de preuve était disponible au procès et que l'avocat n'avait pas fait montre d'incompétence en décidant de ne pas l'utiliser, la preuve révélée par l'enregistrement était suffisamment forte qu'elle aurait pu influencer sur l'issue du procès de l'appellant. Il aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

III. L'analyse

A. *Approche générale applicable en matière d'erreurs judiciaires lorsqu'il existe des éléments de preuve nouveaux*

Le présent pourvoi porte principalement sur l'existence d'un élément de preuve nouveau. Les critères applicables sont bien connus. Ils ont été

14

15

16

recently in *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, at para. 50:

- (1) The evidence should generally not be admitted if, by due diligence, it could have been adduced at trial provided that this general principle will not be applied as strictly in a criminal case as in civil cases. . . .
- (2) The evidence must be relevant in the sense that it bears upon a decisive or potentially decisive issue in the trial.
- (3) The evidence must be credible in the sense that it is reasonably capable of belief, and
- (4) It must be such that if believed it could reasonably, when taken with the other evidence adduced at trial, be expected to have affected the result.

B. *Due Diligence*

17 The “fresh” evidence was in the continuous possession of the appellant’s wife since 1984 and available to him and his lawyer at anytime before or during the trial. Counsel after taking possession of the tape decided for tactical reasons not to use it. The Court of Appeal concluded that the appellant failed to satisfy the due diligence requirement of the *Palmer* analysis.

18 However, the appellant emphasized that the decision not to use the tape was made unilaterally by his lawyer, and against his express instructions. Defence counsel, he claims, failed to inform him of his decision and, as a result, the appellant was not aware that the tape would not be used until the completion of the trial. It was submitted that the appellant, by the incompetence of his counsel was deprived of any opportunity to exercise due diligence in ensuring that the recording would be used at his trial to challenge the credibility of the complainant.

19 The due diligence criterion exists to ensure finality and order — values essential to the integrity of the criminal process. *R. v. M. (P.S.)* (1992),

énoncés dans l’arrêt *Palmer*, précité, et réitérés récemment dans *R. c. Warsing*, [1998] 3 R.C.S. 579, au par. 50:

- (1) On ne devrait généralement pas admettre une [preuve] qui, avec diligence raisonnable, aurait pu être produite au procès, à condition de ne pas appliquer ce principe général de manière aussi stricte dans les affaires criminelles que dans les affaires civiles. . .
- (2) La [preuve] doit être pertinente, en ce sens qu’elle doit porter sur une question décisive ou potentiellement décisive quant au procès.
- (3) La [preuve] doit être plausible, en ce sens qu’on puisse raisonnablement y ajouter foi, et
- (4) elle doit être telle que si l’on y ajoute foi, on puisse raisonnablement penser qu’avec les autres éléments de preuve produits au procès, elle aurait influé sur le résultat.

B. *La diligence raisonnable*

L’épouse de l’appelant avait l’élément de preuve «nouveau» en sa possession depuis 1984. Celui-ci était donc à la disposition de l’appelant et de son avocat en tout temps avant ou pendant le procès. Après avoir pris possession de l’enregistrement, l’avocat a décidé, pour des raisons d’ordre tactique, de ne pas l’utiliser. La Cour d’appel a jugé que l’appelant n’avait pas satisfait au critère de diligence raisonnable énoncé dans le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Palmer*.

Toutefois, l’appelant a souligné que la décision de ne pas utiliser l’enregistrement avait été prise unilatéralement par son avocat, contrairement à ses instructions formelles. Il a prétendu que son avocat avait omis de l’informer de sa décision et que, en conséquence, ce n’est qu’à la fin du procès qu’il a réalisé que l’enregistrement ne serait pas utilisé. L’appelant a plaidé que l’incompétence de son avocat l’avait empêché de faire preuve de diligence raisonnable pour faire en sorte que l’enregistrement soit utilisé au procès afin d’attaquer la crédibilité de la plaignante.

Le critère de diligence raisonnable existe pour assurer le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires — valeurs

77 C.C.C. (3d) 402 (Ont. C.A.), *per* Doherty J.A., at p. 411:

The interests of justice referred to in s. 683 of the *Criminal Code* encompass not only an accused's interest in having his or her guilt determined upon all of the available evidence, but also the integrity of the criminal process. Finality and order are essential to that integrity. The criminal justice system is arranged so that the trial will provide the opportunity to the parties to present their respective cases and the appeal will provide the opportunity to challenge the correctness of what happened at the trial. Section 683(1)(d) of the *Code* recognizes that the appellate function can be expanded in exceptional cases, but it cannot be that the appellate process should be used routinely to augment the trial record. Were it otherwise, the finality of the trial process would be lost and cases would be retried on appeal whenever more evidence was secured by a party prior to the hearing of the appeal. For this reason, the exceptional nature of the admission of "fresh" evidence on appeal has been stressed: *McMartin v. The Queen, supra*. . . .

However, jurisprudence pre-dating *Palmer* has repeatedly recognized that due diligence is not an essential requirement of the fresh evidence test, particularly in criminal cases. That criterion must yield where its rigid application might lead to a miscarriage of justice. *McMartin v. The Queen*, [1964] S.C.R. 484, *per* Ritchie J. at p. 491:

In all the circumstances, if the evidence is considered to be of sufficient strength that it might reasonably affect the verdict of the jury, I do not think it should be excluded on the ground that reasonable diligence was not exercised to obtain it at or before the trial.

In *R. v. Price*, [1993] 3 S.C.R. 633, *per* Sopinka J. at p. 634:

. . . we agree with the conclusion of the Court of Appeal that the evidence should be admitted as fresh evidence and the conclusion to direct a new trial. While the exercise of due diligence is one of the significant factors, it is not applied strictly in criminal cases and must be applied in light of the other relevant factors. The amount

essentielles à l'intégrité du processus en matière criminelle. *R. c. M. (P.S.)* (1992), 77 C.C.C. (3d) 402 (C.A. Ont.), le juge Doherty, à la p. 411:

[TRADUCTION] L'intérêt de la justice mentionné à l'art. 683 du *Code criminel* vise non seulement l'intérêt qu'a l'accusé à ce que sa culpabilité soit déterminée à la lumière de toute la preuve disponible, mais également l'intégrité du processus en matière criminelle. Le caractère définitif et le déroulement ordonné des procédures judiciaires sont essentiels à cette intégrité. Le système de justice criminelle est organisé de telle manière que le procès donne aux parties la possibilité de présenter leur preuve, et l'appel la possibilité de contester la justesse de ce qui s'est produit au procès. L'alinéa 683(1)d) du *Code* reconnaît que le rôle des cours d'appel peut être élargi dans des cas exceptionnels, mais le processus d'appel ne peut être utilisé couramment pour étoffer le dossier constitué au procès. S'il en était autrement, le procès perdrait son caractère définitif et serait repris en appel chaque fois qu'une partie réussirait à recueillir d'autres éléments de preuve avant l'audition de l'appel. Voilà pourquoi le caractère exceptionnel de l'admission d'éléments de preuve «nouveaux» en appel a été souligné: *McMartin c. The Queen*, précité. . .

Cependant, dans la jurisprudence antérieure à l'arrêt *Palmer*, les tribunaux ont à maintes reprises reconnu que la diligence raisonnable n'était pas une condition essentielle d'admissibilité de nouveaux éléments de preuve, particulièrement dans les affaires criminelles. Ce critère ne doit pas être retenu lorsque son application rigide est susceptible d'entraîner une erreur judiciaire. *McMartin c. The Queen*, [1964] R.C.S. 484, le juge Ritchie, à la p. 491:

[TRADUCTION] Eu égard à l'ensemble des circonstances, si la preuve est jugée assez probante pour être raisonnablement susceptible d'influer sur le verdict du jury, je ne crois pas qu'elle devrait être exclue pour le motif qu'on n'a pas fait preuve de diligence raisonnable pour l'obtenir avant ou pendant le procès.

Dans *R. c. Price*, [1993] 3 R.C.S. 633, le juge Sopinka a écrit, à la p. 634:

. . . nous acceptons la conclusion de la Cour d'appel qu'il y a lieu d'admettre la preuve à titre de nouvelle preuve, de même que la conclusion qu'il y a lieu d'ordonner un nouveau procès. Même si la diligence raisonnable n'est qu'un des facteurs importants, elle ne s'applique pas strictement en matière criminelle et doit

of weight to be given to this factor depends on the strength of the other factors, in other words, on the totality of the circumstances.

Also *Warsing, supra*, at para. 51. The due diligence requirement is one factor to be considered in the “totality of the circumstances”. The importance of this criterion will vary from case to case.

20 In determining whether or not the due diligence required by *Palmer* has been met, an appellate court should determine the reason why the evidence was not available at the trial. The reason for the evidence not being available at first instance is usually one of fact. In this appeal the evidence was available. The reason it was not used, placed in its most favourable light for the appellant, was the unilateral decision of his counsel that the tape would be more prejudicial than helpful in the trial.

21 It was submitted by the appellant’s new counsel that the decision not to use the tape was incompetent, and that the appellant’s obligation to exercise due diligence was met by this alleged incompetence. The argument concluded that the test of due diligence was therefore met, the tape as new evidence should be admitted, and a new trial ordered.

22 In the absence of a miscarriage of justice, that submission fails.

C. *Effective Assistance of Counsel*

(1) Introduction

23 While the early history of the common law shows that society had little interest in permitting anyone charged with a felony the assistance of counsel, times have changed.

24 Today the right to effective assistance of counsel extends to all accused persons. In Canada that right

s’appliquer en fonction des autres facteurs pertinents. Le poids qu’il faut accorder à ce facteur dépend de la force des autres facteurs ou, en d’autres termes, de l’ensemble des circonstances.

Voir également *Warsing*, précité, au par. 51. L’obligation de diligence raisonnable est un facteur qui doit être examiné au regard de «l’ensemble des circonstances». L’importance de ce critère varie d’une affaire à l’autre.

Pour décider si le critère de diligence raisonnable énoncé dans le cadre d’analyse établi dans l’arrêt *Palmer* a été respecté, la cour d’appel doit déterminer la raison pour laquelle l’élément de preuve n’était pas disponible au procès. Cette raison est généralement une question de fait. Dans le présent pourvoi, l’élément de preuve était disponible. Si l’on examine la question sous l’éclairage le plus favorable à l’appelant, la raison pour laquelle il n’a pas été utilisé est la décision unilatérale de son avocat que l’enregistrement serait plus préjudiciable qu’utile lors du procès.

Le nouvel avocat de l’appelant a plaidé que la décision de ne pas utiliser l’enregistrement dénotait l’incompétence et que, du fait de cette incompetence, l’obligation de diligence raisonnable de l’appelant était satisfaite. L’avocat a conclu son argument en affirmant que le critère de diligence raisonnable était respecté, que l’enregistrement devait être admis en tant qu’élément de preuve nouveau et qu’un nouveau procès devait être ordonné.

Vu l’absence d’erreur judiciaire, cet argument ne saurait être retenu.

C. *L’assistance effective d’un avocat*

(1) Introduction

Bien que les débuts de l’histoire de la common law indiquent que la société était peu intéressée à permettre aux personnes accusées de crimes graves de bénéficier de l’assistance d’un avocat, les temps ont changé.

Aujourd’hui, tout inculpé a droit à l’assistance effective d’un avocat. Au Canada, ce droit est

is seen as a principle of fundamental justice. It is derived from the evolution of the common law, s. 650(3) of the *Criminal Code* of Canada and ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The value of effective assistance of counsel is apparent, but was fully explained by Doherty J.A. in *R. v. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.), at p. 57:

The importance of effective assistance of counsel at trial is obvious. We place our trust in the adversarial process to determine the truth of criminal allegations. The adversarial process operates on the premise that the truth of a criminal allegation is best determined by “partisan advocacy on both sides of the case”: *U.S. v. Cronin*, 104 S. Ct. 2039 (1984), *per* Stevens J. at p. 2045. Effective representation by counsel makes the product of the adversarial process more reliable by providing an accused with the assistance of a professional trained in the skills needed during the combat of trial. The skilled advocate can test the case advanced by the prosecution, as well as marshal and advance the case on behalf of the defence. We further rely on a variety of procedural safeguards to maintain the requisite level of adjudicative fairness in that adversarial process. Effective assistance by counsel also enhances the adjudicative fairness of the process in that it provides to an accused a champion who has the same skills as the prosecutor and who can use those skills to ensure that the accused receives the full benefit of the panoply of procedural protections available to an accused.

Where counsel fails to provide effective representation, the fairness of the trial, measured both by reference to the reliability of the verdict and the adjudicative fairness of the process used to arrive at the verdict, suffers. In some cases the result will be a miscarriage of justice.

(2) General Approach to the Issue

The approach to an ineffectiveness claim is explained in *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), *per* O’Connor J. The reasons contain a performance component and a prejudice component. For an appeal to succeed, it must be estab-

considéré comme un principe de justice fondamentale. Il découle de l’évolution de la common law, du par. 650(3) du *Code criminel* canadien ainsi que de l’art. 7 et de l’al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L’importance de l’assistance effective d’un avocat est évidente, mais elle a été expliquée en détail par le juge Doherty dans *R. c. Joannis* (1995), 102 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.), à la p. 57:

[TRADUCTION] L’importance de l’assistance effective d’un avocat au procès est évidente. Nous faisons confiance au processus de débat contradictoire pour déterminer le bien-fondé des accusations criminelles. Ce processus repose sur la prémisse que le meilleur moyen de déterminer le bien-fondé des accusations criminelles est «la présentation partisane par les parties de leur thèse respective»: *U.S. c. Cronin*, 104 S. Ct. 2039 (1984), le juge Stevens, à la p. 2045. La représentation effective de l’accusé par un avocat rend l’issue du processus de débat contradictoire plus fiable puisque l’accusé a bénéficié de l’assistance d’un professionnel ayant acquis les compétences qui sont requises durant le procès. L’avocat compétent peut mettre à l’épreuve la preuve avancée par la poursuite en plus de rassembler des éléments de preuve et de présenter la thèse de la défense. Nous nous fions aussi aux diverses garanties procédurales pour assurer le niveau requis d’équité dans le cadre du processus de débat contradictoire. Le droit à l’assistance effective d’un avocat favorise également le caractère équitable du processus décisionnel en ce qu’il adjoint à l’accusé un défenseur possédant les mêmes compétences que le poursuivant, compétences qui peuvent servir à faire bénéficier l’accusé de toute la panoplie des mesures de protection procédurale disponibles.

Lorsque l’avocat ne représente pas l’accusé de façon effective, l’équité du procès en souffre, tant du point de vue de la fiabilité du verdict que du point de vue du caractère équitable du processus décisionnel menant à ce verdict. Dans certains cas, il en résulte une erreur judiciaire.

(2) Approche générale applicable à cette question

La façon d’envisager les allégations de représentation non effective est expliquée dans l’arrêt *Strickland c. Washington*, 466 U.S. 668 (1984), le juge O’Connor. Cette étude comporte un volet examen du travail de l’avocat et un volet apprécia-

lished, first, that counsel's acts or omissions constituted incompetence and second, that a miscarriage of justice resulted.

27 Incompetence is determined by a reasonableness standard. The analysis proceeds upon a strong presumption that counsel's conduct fell within the wide range of reasonable professional assistance. The onus is on the appellant to establish the acts or omissions of counsel that are alleged not to have been the result of reasonable professional judgment. The wisdom of hindsight has no place in this assessment.

28 Miscarriages of justice may take many forms in this context. In some instances, counsel's performance may have resulted in procedural unfairness. In others, the reliability of the trial's result may have been compromised.

29 In those cases where it is apparent that no prejudice has occurred, it will usually be undesirable for appellate courts to consider the performance component of the analysis. The object of an ineffectiveness claim is not to grade counsel's performance or professional conduct. The latter is left to the profession's self-governing body. If it is appropriate to dispose of an ineffectiveness claim on the ground of no prejudice having occurred, that is the course to follow (*Strickland, supra*, at p. 697).

(3) Application to the Facts of this Case

30 Two questions arise. Did the decision not to use the tape lie exclusively with defence counsel? If not, what was the consequence of the appellant being excluded from the decision?

31 The question of whether or not to use the tape was important. Defence counsel satisfied the Commissioner and all three members of the Court of Appeal that his decision was competent. In fact,

tion du préjudice. Pour qu'un appel soit accueilli, il faut démontrer, dans un premier temps, que les actes ou les omissions de l'avocat relevaient de l'incompétence, et, dans un deuxième temps, qu'une erreur judiciaire en a résulté.

L'incompétence est appréciée au moyen de la norme du caractère raisonnable. Le point de départ de l'analyse est la forte présomption que la conduite de l'avocat se situe à l'intérieur du large éventail de l'assistance professionnelle raisonnable. Il incombe à l'appelant de démontrer que les actes ou omissions reprochés à l'avocat ne découlaient pas de l'exercice d'un jugement professionnel raisonnable. La sagesse rétrospective n'a pas sa place dans cette appréciation.

Les erreurs judiciaires peuvent prendre plusieurs formes dans ce contexte. Dans certains cas, le travail de l'avocat peut avoir compromis l'équité procédurale, alors que dans d'autres, c'est la fiabilité de l'issue du procès qui peut avoir été compromise.

Dans les cas où il est clair qu'aucun préjudice n'a été causé, il n'est généralement pas souhaitable que les cours d'appel s'arrêtent à l'examen du travail de l'avocat. L'objet d'une allégation de représentation non effective n'est pas d'attribuer une note au travail ou à la conduite professionnelle de l'avocat. Ce dernier aspect est laissé à l'appréciation de l'organisme d'autoréglementation de la profession. S'il convient de trancher une question de représentation non effective pour cause d'absence de préjudice, c'est ce qu'il faut faire (*Strickland, précité*, à la p. 697).

(3) Application aux faits de l'espèce

Deux questions se posent. La décision de ne pas utiliser l'enregistrement appartenait-elle uniquement à l'avocat de la défense? Dans la négative, quelle a été la conséquence du fait que l'appellant n'a pas participé à cette décision?

La décision d'utiliser ou non l'enregistrement était importante. L'avocat de la défense a convaincu le commissaire et les trois membres de la Cour d'appel qu'il avait fait preuve de compétence

they concluded that it may have resulted in the appellant's acquittal on the most serious charge of forced sexual intercourse.

The Commissioner concluded that while counsel was evasive in communicating his decision to the appellant, his reasons for not using the tape were sound. Primarily, he feared that the production of the tape would destroy the credibility of his main witness, the appellant's spouse M.B. The leading nature of the questions she asked her daughter and the fact that she felt it necessary to surreptitiously record their conversation revealed that she was more interested in obtaining a taped denial for the purposes of future litigation than in obtaining an accurate account of events. The destruction of M.B.'s credibility would have forced the appellant, who counsel considered to be a poor witness, to testify.

The appellant submitted that even if counsel's decision was sound, he was obligated to inform the appellant of this decision and accord him the opportunity to participate in it. In my opinion, it is for the Law Society of Alberta to consider whether defence counsel's conduct in the circumstances complied with the standards of the profession in that province. The issue is dealt with expressly by such guidelines as Rule 12 of Chapter 9 of the *Alberta Code of Professional Conduct* (loose-leaf). That question of professional ethics is different from those addressed here.

Where, in the course of a trial, counsel makes a decision in good faith and in the best interests of his client, a court should not look behind it save only to prevent a miscarriage of justice. While it is not the case that defence lawyers must always obtain express approval for each and every decision made by them in relation to the conduct of the defence, there are decisions such as whether or not to plead guilty, or whether or not to testify that defence counsel are ethically bound to discuss with the client and regarding which they must obtain instructions. The failure to do so may in some circumstances raise questions of procedural fairness

en prenant cette décision. En fait, ils ont conclu que c'est peut-être cette décision qui a permis à l'appellant d'être acquitté de l'accusation la plus grave, soit celle d'avoir contraint la victime à avoir des relations sexuelles.

Le commissaire a estimé que même si l'avocat avait été vague lorsqu'il avait communiqué sa décision à l'appellant, les raisons pour lesquelles il n'avait pas utilisé l'enregistrement étaient valables. Il craignait surtout que la production de l'enregistrement détruisse la crédibilité de son témoin principal, M.B., l'épouse de l'appellant. La nature suggestive des questions qu'elle avait posées à sa fille et le fait qu'elle avait jugé nécessaire d'enregistrer subrepticement la conversation indiquaient qu'elle était plus intéressée à obtenir une dénégation sur bande audio en vue d'un éventuel procès, qu'à recueillir une version exacte des événements. La destruction de la crédibilité de M.B. aurait forcé l'appellant à témoigner, et l'avocat considérerait qu'il ferait un piètre témoin.

L'appellant a soutenu que même si la décision de l'avocat était valable, ce dernier était tenu de l'en informer et de lui donner la possibilité d'y participer. J'estime qu'il appartient au Barreau de l'Alberta de déterminer si, dans les circonstances, la conduite de l'avocat de la défense était conforme aux normes de la profession dans cette province. Cette question est expressément visée par des règles comme l'art. 12 du chapitre 9 de l'*Alberta Code of Professional Conduct* (feuilles mobiles). Cette question de déontologie professionnelle est différente de celles dont nous traitons.

Lorsque, durant un procès, l'avocat prend de bonne foi une décision dans l'intérêt de son client, les tribunaux ne doivent pas la remettre en question si ce n'est pour empêcher une erreur judiciaire. Bien que les avocats de la défense ne soient pas obligés de faire approuver expressément toutes et chacune de leurs décisions concernant la conduite de la défense, il y a des décisions que les avocats de la défense doivent, en vertu des règles de déontologie, discuter avec leurs clients et au sujet desquelles ils doivent obtenir des instructions, par exemple la décision de plaider coupable ou non coupable ou celle de témoigner ou non. Dans

32

33

34

and the reliability of the result leading to a miscarriage of justice.

35 On the facts of this case, I conclude that counsel had the carriage of the defence and the implied authority to make tactical decisions, as the ones made here, in the best interests of his client. In any event, the failure to obtain specific instructions did not affect the outcome of the trial. There was no miscarriage of justice.

(4) Conclusion

36 In light of my conclusion that defence counsel had implied authority to decide not to use the tape, the appellant has failed to satisfy the due diligence requirement of the *Palmer* analysis.

D. *Was the Reliability of the Trial's Result Compromised?*

37 As noted above, the due diligence criterion is not essential to a successful appeal based on fresh evidence. This factor must yield in circumstances where its rigid application would result in a miscarriage of justice. In my view, the appellant has failed to establish that such a danger exists.

38 The contents of the recorded conversation were relevant to the central issue at trial, namely the credibility of the complainant. In response to M.B.'s leading questions, J.W. is heard to deny that the appellant molested her or put his hand on her sexually.

39 With respect to the credibility of the "fresh" evidence, Commissioner Kerans found that it was of little probative value and would likely have had a prejudicial effect on the credibility of M.B.:

First, the passage in question, along with many similar passages, and the mere fact of recording would lead to serious doubt on the part of a trier about the reliability

certaines circonstances, l'omission de le faire peut soulever des questions d'équité procédurale et de fiabilité de l'issue du procès susceptibles d'entraîner une erreur judiciaire.

Eu égard aux faits de la présente affaire, j'estime que l'avocat était chargé de la défense et qu'il avait l'autorisation implicite de prendre des décisions d'ordre tactique, comme celles visées en l'espoir, dans l'intérêt de son client. Quoi qu'il en soit, l'omission d'obtenir des instructions précises n'a pas influencé l'issue du procès. Il n'y a eu aucune erreur judiciaire.

(4) Conclusion

Vu ma conclusion que l'avocat de la défense avait l'autorisation implicite de décider de ne pas utiliser l'enregistrement, l'appellant n'a pas satisfait au critère de diligence raisonnable de l'arrêt *Palmer*.

D. *La fiabilité de l'issue du procès a-t-elle été compromise?*

Comme je l'ai souligné précédemment, le respect du critère de diligence raisonnable n'est pas essentiel pour que soit accueilli un appel fondé sur l'existence d'un élément de preuve nouveau. Ce facteur ne doit pas être retenu lorsque son application rigide entraînerait une erreur judiciaire. Je suis d'avis que l'appellant n'a pas réussi à établir l'existence d'un tel risque.

Le contenu de la conversation enregistrée était pertinent à l'égard de la principale question en litige, c'est-à-dire la crédibilité de la plaignante. On entend J.W. nier, en réponse aux questions suggestives de M.B., que l'appellant l'ait agressée ou touchée sexuellement.

Relativement à la crédibilité de l'élément de preuve «nouveau», le commissaire Kerans a estimé que cet élément avait une faible valeur probante et qu'il aurait vraisemblablement eu un effet préjudiciable sur la crédibilité de M.B.:

[TRADUCTION] Premièrement, l'extrait en question, de même que de nombreux autres extraits semblables, conjugués au fait même qu'il y ait eu enregistrement,

of the evidence of [M.B.] that she had made a careful and open-minded inquiry into events in 1984, when she heard, or fancied she heard, a complaint. . . .

Counsel for the accused accepts that [M.B.] “conducted an interview in a ‘say it ain’t so’ manner.” Counsel for the Crown in turn described her as “coercive and emotional” in dealing with a child who is “captive and tricked”. Suffice it to say that [M.B.] on the tape is, in my respectful opinion, much more anxious to get a denial than she is to let [J.W.] tell her story, and much more anxious to offer reproach than to reach out with compassion. That is true of the entire tape, where eventually [J.W.] becomes monosyllabic and finally lapses into silence while the mother reproaches her repeatedly for the wrong done the mother by the girl leaving. . . .

I am, moreover, of the view that a trier likely would infer from this that the conversation in 1982 was similar in tone, as indeed [J.W.] testified. That being the case, a trier likely would accept as credible the evidence of [J.W.] that she would likely never would have told [M.B.] the particulars of a complaint, because her mother had set her mind not to believe it.

Commissioner Kerans expressed doubt as to whether the evidence was in any way helpful to the appellant’s defence against the two charges for which he was convicted:

It is another matter entirely if one considers this tape evidence in terms of the incidents for which the accused has been found guilty, these being the events of 1982 and before. There is no denial of the truth of that allegation in this recording. On the contrary, in the passage above [J.W.] repeats that claim: “Well, nothing has changed since last time Mom”. And she is so understood by her mother: “[J.W.] He hasn’t laid a hand on you.” In my respectful view, that is reasonably capable of being considered by a trier [of fact] as a repetition of the original complaint. Moreover, the trier, noting no immediate denial by [M.B.] of the accuracy of that claim, may reasonably infer that she then knew at the very least that it had never been withdrawn, contrary to her trial evidence.

amèneraient le juge des faits à avoir de sérieux doutes quant à la fiabilité du témoignage de [M.B.] lorsqu’elle affirme s’être enquis, avec soin et avec l’esprit ouvert, des événements en 1984, lorsqu’elle a entendu ou cru entendre une plainte. . . .

L’avocat de l’accusé concède que [M.B.] «a posé des questions d’une manière qui semblait demander : «Dis-moi que ce n’est pas vrai»». Pour sa part, le substitut du procureur général a dit que [M.B.] avait eu une attitude «coercitive et émotive» dans sa façon de traiter un enfant «captive et prise au piège». Qu’il suffise de dire que, dans l’enregistrement, [M.B.] est à mon humble avis beaucoup plus intéressée à obtenir une dénégation qu’à laisser [J.W.] donner sa version des faits, et beaucoup plus encline à adresser des reproches qu’à offrir de la compassion. Cela vaut pour tout l’enregistrement, où [J.W.] en vient à répondre par monosyllabes et finalement à s’enfermer dans le silence pendant que sa mère lui reproche à maintes reprises le tort qu’elle lui a causé en quittant la maison. . . .

De plus, je suis d’avis que le juge des faits en inférerait vraisemblablement que la conversation de 1982 s’était déroulée sur le même ton, ce qu’a d’ailleurs dit [J.W.] dans son témoignage. Cela étant, le juge des faits considérerait probablement comme crédible l’affirmation de [J.W.] selon laquelle elle n’aurait vraisemblablement jamais mentionné à [M.B.] les détails d’une plainte, parce que sa mère n’était pas disposée à y ajouter foi.

Le commissaire Kerans a dit douter que la preuve aurait pu être utile à la défense de l’appelant relativement aux deux accusations dont il a été déclaré coupable:

[TRADUCTION] C’est une tout autre histoire si on considère l’enregistrement au regard des événements dont l’accusé a été déclaré coupable, soit ceux survenus en 1982 et avant. Il n’y a aucune dénégation de la véracité de cette allégation dans cet enregistrement. Au contraire, dans le passage susmentionné, [J.W.] répète cette affirmation: «Bien, rien n’a changé depuis la dernière fois, maman». Et c’est ce que comprend sa mère. «[J.W.], il ne t’a pas touchée». À mon humble avis, le juge [des faits] pourrait raisonnablement considérer qu’il s’agit d’une répétition de la plainte initiale. De plus, ne constatant aucune dénégation immédiate de la véracité de cette affirmation par [M.B.], le juge des faits pourrait raisonnablement conclure qu’elle savait alors à tout le moins que cette affirmation n’avait jamais été rétractée, contrairement à ce qu’elle a déclaré au procès.

In this light, the evidence in question may be of no use to the defence in respect of counts 2 and 3 but may indeed have been of value to the Crown in that regard.

A review of the transcript of the recorded conversation confirms the good sense of the findings of the Commissioner. The statements made by the complainant lacked conviction. They were out-of-court statements made at a time of vulnerability for the complainant. Most important, the complainant's statements were in response to leading questions by M.B. who was clearly determined to obtain a taped denial in preference to an accurate account of events.

40 Not only were the tapes unlikely to adversely affect the credibility of the complainant but it was reasonable to conclude that using the tape at trial would have undermined the credibility of the appellant's spouse, the main defence witness. The fact that she chose to create the tape in 1984 could be seen as an apprehension that criminal conduct had occurred. In my view, there exists no reasonable possibility that the use of the "fresh" evidence in this case might have affected the two guilty verdicts rendered by the jury.

41 Although there is no indication that the appellant expressed a desire to testify at his trial, he submits that defence counsel's failure to inform him of his decision not to use the tape deprived him of his ability to make an informed decision in this regard. The Commissioner made the following findings relevant to this submission (as summarized by the Court of Appeal):

a. Trial Counsel's opinion, before and during trial, was that the appellant might damage his defence by testifying because he might give inappropriate answers in cross-examination.

À la lumière de ce qui précède, la preuve en question pourrait bien se révéler inutile à la défense relativement aux 2^e et 3^e chefs, mais au contraire être fort utile au ministère public à cet égard.

L'examen de la transcription de l'enregistrement de la conversation confirme le bon sens des conclusions du commissaire. Les déclarations de la plaignante manquaient de conviction. Il s'agissait de déclarations extrajudiciaires, faites à un moment où elle était vulnérable. Fait plus important encore, les déclarations de la plaignante ont été faites en réponse à des questions suggestives de M.B., qui était manifestement déterminée à obtenir une dénégation sur bande audio plutôt qu'une version exacte des événements.

Non seulement l'enregistrement n'aurait-il vraisemblablement pas miné la crédibilité de la plaignante, mais il était raisonnable de conclure que l'utilisation de l'enregistrement au procès aurait miné la crédibilité de la conjointe de l'appelant, le principal témoin de la défense. Le fait qu'elle ait décidé de procéder à l'enregistrement en 1984 pourrait être perçu comme une crainte que des agissements criminels aient eu lieu. À mon avis, il n'existe aucune possibilité raisonnable que l'utilisation de l'élément de preuve «nouveau» dans la présente affaire aurait influé sur les deux verdicts de culpabilité prononcés par le jury.

Quoiqu'il n'y ait aucune indication que l'appelant ait exprimé le désir de témoigner à son procès, il affirme que l'omission de l'avocat qui le défendait de l'informer de sa décision de ne pas utiliser l'enregistrement l'a privé de la possibilité de prendre une décision éclairée à cet égard. Le commissaire a tiré des conclusions pertinentes à l'égard de cette prétention (qui ont été résumées ainsi par la Cour d'appel):

[TRADUCTION]

a. L'avocat de la défense était d'avis, avant et durant le procès, que l'appelant pourrait nuire à sa défense s'il témoignait, car il pourrait donner des réponses inappropriées en contre-interrogatoire.

c. Trial counsel believed that the appellant could say little more than to give a blanket denial. This opinion was born out by the appellant's testimony in the inquiry.

d. The appellant knew before trial that his counsel had no intention of calling him to testify. He agreed with that decision. There was no misunderstanding between himself and trial counsel.

l. As to whether trial counsel clearly advised his client before trial that he would not use the tape, trial counsel testified that each time the matter came up he expressed no great enthusiasm for the evidence, but that it may well be that he had, at the opening of the trial, never quite said explicitly that he would not introduce it.

(232 A.R. 307, at pp. 313-14)

Given these findings, I am satisfied that the appellant has failed to establish that the results of his trial might have been different had he been expressly informed of his counsel's decision not to use the tape.

IV. Disposition

I would therefore dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Ben R. Plumer Law Office, Bassano, Alberta.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Calgary.

c. L'avocat de la défense estimait que l'appelant ne pourrait guère faire plus que formuler une dénégation générale. Cette opinion a été confirmée par le témoignage de l'appelant au cours de l'enquête.

d. L'appelant savait avant le procès que son avocat n'avait pas l'intention de le faire témoigner. Il était d'accord avec cette décision. Il n'y avait aucun malentendu entre l'appelant et son avocat.

l. Pour ce qui est de la question de savoir si l'avocat de la défense a clairement dit à son client avant le procès qu'il n'utiliserait pas l'enregistrement, l'avocat a témoigné que, chaque fois que la question est venue sur le tapis, il n'a pas montré beaucoup d'enthousiasme à l'égard de cet élément de preuve, mais qu'il est bien possible que, à l'ouverture du procès, il n'ait jamais vraiment dit explicitement qu'il ne le présenterait pas.

(232 A.R. 307, aux pp. 313 et 314)

Étant donné ces conclusions, je suis convaincu que l'appelant n'a pas établi que l'issue de son procès aurait été différente s'il avait été expressément informé de la décision de son avocat de ne pas utiliser l'enregistrement.

IV. Dispositif

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelant: Ben R. Plumer Law Office, Bassano, Alberta.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Calgary.

**The Corporation of the Town of
Ajax** *Appellant*

v.

**National Automobile, Aerospace and
Agricultural Implement Workers Union of
Canada (CAW-Canada) and its Local 222,
Charterways Transportation
Limited** *Respondent*

and

**Ontario Labour Relations
Board** *Respondent*

INDEXED AS: AJAX (TOWN) v. CAW, LOCAL 222

Neutral citation: 2000 SCC 23.

File No.: 26994.

2000: February 16; 2000: April 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

*Labour relations — Trade unions — Successor rights
— Sale of a business — Town terminating contract with
transportation company for operation of town's municip-
al transit system and commencing operation of system
on its own — Company laying off workers involved in
transit operations — Town hiring significant number of
laid off workers — Ontario Labour Relations Board
finding that sale of a business within meaning of succes-
sorship provision of Labour Relations Act had taken
place — Whether Board's interpretation of successor-
ship provision patently unreasonable — Labour Rela-
tions Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 64.*

The appellant town entered into a contract with a transportation company regarding the operation of the town's municipal transit system. The town owned and supplied the buses and virtually all other tangible assets

**La corporation municipale
d'Ajax** *Appelante*

c.

**Syndicat national des travailleurs et
travailleuses de l'automobile, de
l'aérospatiale et de l'outillage agricole du
Canada (TCA-Canada) et sa section locale
222, Charterways Transportation
Limited** *Intimé*

et

**Commission des relations de travail de
l'Ontario** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: AJAX (VILLE) c. TCA, SECTION LOCALE 222

Référence neutre: 2000 CSC 23.

N° du greffe: 26994.

2000: 16 février; 2000: 27 avril.

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

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

*Relations de travail — Syndicats — Droits du succes-
seur — Vente d'une entreprise — Ville commençant à
exploiter elle-même son réseau de transport en commun
après avoir résilié le contrat conclu à ce sujet avec une
compagnie de transport — Travailleurs affectés aux
activités de transport en commun licenciés par la com-
pagnie — Ville embauchant un nombre important de tra-
vailleurs licenciés — Commission des relations de tra-
vail de l'Ontario concluant qu'il y a eu vente d'une
entreprise au sens de la disposition relative à l'obliga-
tion du successeur contenue dans la Loi sur les relations
de travail — L'interprétation que la Commission a don-
née à la disposition relative à l'obligation du successeur
est-elle manifestement déraisonnable? — Loi sur les
relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 64.*

La ville appelante a conclu avec une compagnie de transport un contrat relatif à l'exploitation de son réseau de transport en commun. La ville possédait et fournissait les autobus et pratiquement tous les autres biens

used to operate the system. It also controlled routes, schedules, rates and fare collection. The company provided and coordinated the drivers, mechanics and cleaners who operated the system. The respondent union was the certified bargaining agent for the bus drivers, mechanics and cleaners employed by the company in these transit operations. The town council voted to terminate its contract with the company as of the end of 1992, and to commence the operation of the system on its own as of 1993. The company laid off all of the drivers, mechanics and cleaners involved in the transit operations. The town hired a number of the company's former employees, who formed a substantial proportion of the town's new transit staff. The Ontario Labour Relations Board concluded that the sale of a business within the meaning of s. 64 of the Ontario *Labour Relations Act*, concerning successor employers, had occurred. The Divisional Court quashed the Board's decision on the ground that it was patently unreasonable. The Court of Appeal allowed the union's appeal.

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

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ.: The Court of Appeal's reasons were substantially agreed with. The function of the reviewing court in this case is not to test the correctness of the Board's decision, but rather to decide whether the decision was patently unreasonable. It was not patently unreasonable for the Board to find a nexus between the transportation company and the town, as required for successorship. Since the historical and functional connection between the company and the town constitutes evidence upon which the Board would rationally have based its conclusion of successorship, that conclusion was not "clearly irrational".

Per L'Heureux-Dubé, Bastarache and Binnie JJ. (dissenting): While the patently unreasonable test sets a high standard of review, a decision is patently unreasonable if it gives to a section of an Act a meaning which the words of the statute cannot reasonably bear. It was patently unreasonable for the Board to decide that the termination of the contractual relationship amounted to

matériels nécessaires à l'exploitation du réseau. Elle contrôlait également les circuits, horaires et tarifs, de même que l'encaissement du prix des billets. La compagnie fournissait les chauffeurs, mécaniciens et préposés au nettoyage requis pour exploiter le réseau, et coordonnait leur travail. Le syndicat intimé était l'agent négociateur accrédité des chauffeurs d'autobus, des mécaniciens et des préposés au nettoyage affectés par la compagnie à ces activités de transport en commun. La ville a, par l'entremise de son conseil municipal, adopté une résolution en vue de résilier, dès la fin de 1992, le contrat qui la liait à la compagnie, et de commencer à exploiter elle-même le réseau à compter de 1993. La compagnie a licencié tous les chauffeurs, mécaniciens et préposés au nettoyage qui étaient affectés aux activités de transport en commun. La ville a embauché un certain nombre d'anciens employés de la compagnie qui ont constitué une partie du nouveau personnel de la ville affecté au transport en commun. La Commission des relations de travail de l'Ontario a conclu qu'il y avait eu vente d'une entreprise au sens de l'art. 64 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, qui porte sur les employeurs qui succèdent. La Cour divisionnaire a annulé la décision de la Commission pour le motif qu'elle était manifestement déraisonnable. La Cour d'appel a accueilli l'appel du syndicat.

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

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Major, Arbour et LeBel: Les motifs exposés par la Cour d'appel sont acceptés pour l'essentiel. La fonction du tribunal d'examen en l'espèce consiste non pas à vérifier la justesse de la décision de la Commission, mais plutôt à décider si cette décision était manifestement déraisonnable. Il n'était pas manifestement déraisonnable que la Commission conclue à l'existence d'un lien entre la compagnie de transport et la ville, comme cela est requis en ce qui concerne l'obligation du successeur. Étant donné que le lien historique et fonctionnel qui existe entre la compagnie de transport et la ville constitue un élément de preuve sur lequel la Commission pouvait raisonnablement fonder sa conclusion à l'existence de l'obligation du successeur, cette conclusion n'était pas «clairement irrationnelle».

Les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Binnie (dissidents): Bien que le critère du caractère manifestement déraisonnable représente une norme de contrôle sévère, une décision est manifestement déraisonnable si elle donne à une disposition d'une loi un sens auquel le texte de cette loi ne peut pas se prêter raisonnablement. Il était manifestement déraisonnable que la Commission

the sale of a business or part thereof pursuant to s. 64 of the *Labour Relations Act* only because the town had terminated the service contract, decided to perform the work itself and hired some of the company's former employees. There is no indication of a sufficient nexus between the company and the town in the circumstances of this case to support the Board's conclusion that something passed from one to the other after the termination of the service contract. Moreover, the Board's decision is patently unreasonable because it dispenses with the need for a disposition in s. 64. However broadly the terms "sale", "transfer" and "disposition" may be interpreted, something must be relinquished by the predecessor business on the one hand and obtained by the successor on the other to bring a case within the section. The town's unilateral decision to hire some of the company's former employees cannot reasonably be interpreted as a deemed disposition by the company of part of its business. The Board's interpretation is also patently unreasonable in light of s. 64.2 of the Act, which provides for the protection of specific bargaining rights by deeming that the sale of a business has occurred where "substantially similar services are subsequently provided at the premises under the direction of another employer" with respect to certain building services. The interpretation given by the Board to s. 64 makes s. 64.2 redundant.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *United Food and Commercial Workers International Union v. Parnell Foods Ltd.*, [1992] O.L.R.B. Rep. 1164; *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

By Bastarache J. (dissenting)

Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada, [1993] 1 S.C.R. 941; *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157; *United Food and Commercial Workers International Union v. Parnell Foods Ltd.*, [1992] O.L.R.B. Rep. 1164; *Canadian Union of Public Employees v. Metropolitan Parking Inc.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 1193; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v.*

décide que la résiliation de la relation contractuelle équivaut à la vente d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise au sens de l'art. 64 de la *Loi sur les relations de travail*, du seul fait que la ville avait résilié le contrat de louage de services, décidé d'exécuter le travail elle-même et embauché certains anciens employés de la compagnie. En l'espèce, rien n'indique l'existence, entre la compagnie et la ville, d'un lien suffisant pour étayer la conclusion de la Commission que quelque chose est passé de l'une à l'autre après la résiliation du contrat de louage de services. De plus, la décision de la Commission est manifestement déraisonnable parce qu'elle fait abstraction de la nécessité qu'il y ait aliénation, selon l'art. 64. Aussi largement que puissent être interprétés les termes «vente», «transfert» et «aliénation», il doit y avoir, d'une part, abandon de quelque chose par l'entreprise prédécesseur et, d'autre part, obtention de quelque chose par le successeur pour que l'espèce soit visée par la disposition législative. La décision unilatérale de la ville d'embaucher certains anciens employés de la compagnie ne peut pas raisonnablement être interprétée comme constituant une aliénation par la compagnie d'une partie de son entreprise. L'interprétation de la Commission est aussi manifestement déraisonnable compte tenu de l'art. 64.2 de la Loi, qui, relativement à certains services aux bâtiments, assure la protection de droits de négociation particuliers en présumant qu'une entreprise a été vendue lorsque «des services essentiellement semblables sont fournis par la suite dans les locaux sous la direction d'un autre employeur». L'interprétation que la Commission a donnée à l'art. 64 rend l'art. 64.2 redondant.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés: *United Food and Commercial Workers International Union c. Parnell Foods Ltd.*, [1992] O.L.R.B. Rep. 1164; *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada, [1993] 1 R.C.S. 941; *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157; *United Food and Commercial Workers International Union c. Parnell Foods Ltd.*, [1992] O.L.R.B. Rep. 1164; *Canadian Union of Public Employees c. Metropolitan Parking Inc.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 1193; *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Asso-*

United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740, [1990] 3 S.C.R. 644; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048.

Statutes and Regulations Cited

Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, ss. 1(4), 64 [am. 1992, c. 21, s. 29], 64.2 [ad. *idem*, s. 31].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 426, 166 D.L.R. (4th) 516, 113 O.A.C. 188, [1998] O.J. No. 3915 (QL), reversing a decision of the Divisional Court (1995), 84 O.A.C. 281, 21 B.L.R. (2d) 196, 95 C.L.L.C. ¶210-040, [1995] O.J. No. 1907 (QL), quashing a decision of the Ontario Labour Relations Board, [1994] O.L.R.B. Rep. 1296, 24 C.L.R.B.R. (2d) 280, declaring that the sale of a business had taken place. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Bastarache and Binnie JJ. dissenting.

Richard J. Charney and Damhnait Monaghan, for the appellant.

Barrie Chercover, Julia McNally and L. N. Gottheil, for the respondent National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada (CAW-Canada).

Ronald N. Lebi, for the respondent Ontario Labour Relations Board.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Major, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE – I would dismiss the appeal with costs to the respondent National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement Workers Union of Canada (CAW-Canada), substantially for the reasons of Goudge J.A. in the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 426.

ciation unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740, [1990] 3 R.C.S. 644; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048.

Lois et règlements cités

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 1(4), 64 [mod. 1992, ch. 21, art. 29], 64.2 [aj. *idem*, art. 31].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 426, 166 D.L.R. (4th) 516, 113 O.A.C. 188, [1998] O.J. No. 3915 (QL), qui a infirmé une décision de la Cour divisionnaire (1995), 84 O.A.C. 281, 21 B.L.R. (2d) 196, 95 C.L.L.C. ¶210-040, [1995] O.J. No. 1907 (QL), qui avait annulé une décision de la Commission des relations de travail de l'Ontario, [1994] O.L.R.B. Rep. 1296, 24 C.L.R.B.R. (2d) 280, déclarant qu'il y avait eu vente d'une entreprise. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Binnie sont dissidents.

Richard J. Charney et Damhnait Monaghan, pour l'appelante.

Barrie Chercover, Julia McNally et L. N. Gottheil, pour l'intimé le Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada (TCA-Canada).

Ronald N. Lebi, pour l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario.

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

LE JUGE EN CHEF — Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de l'intimé le Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l'automobile, de l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada (TCA-Canada), et ce, essentiellement pour les motifs exposés par le juge Goudge de la Cour d'appel de l'Ontario à (1998), 41 O.R. (3d) 426.

2

I have had an opportunity to read the reasons of Bastarache J. Our disagreement is over whether it was patently unreasonable for the Board to find a nexus between Charterways and Ajax, as required for successorship *per United Food and Commercial Workers International Union v. Parnell Foods Ltd.*, [1992] O.L.R.B. Rep. 1164. As stated by Cory J. in *Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at p. 964, the function of the reviewing court in this case is not to test the correctness of the Board's decision, but rather to decide whether the decision was patently unreasonable. See also *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, *per* Iacobucci J. In my view, the historical and functional connection between Charterways and the Town of Ajax constitutes evidence upon which the Board would rationally have based its conclusion of successorship. I would agree with Goudge J.A. that the conclusion of the Board was not "clearly irrational".

The reasons of L'Heureux-Dubé, Bastarache and Binnie JJ. were delivered by

3

BASTARACHE J. (dissenting) — This appeal concerns the application of the sale of business provision, s. 64, of the Ontario *Labour Relations Act*, R.S.O. 1990, c. L.2. The issue raised is whether the interpretation of this successorship provision by the Ontario Labour Relations Board ([1994] O.L.R.B. Rep. 1296) was patently unreasonable in the circumstances of this case. A unanimous bench of the Divisional Court ((1995), 84 O.A.C. 281) found that the interpretation of the Board was patently unreasonable, while a unanimous bench of the Court of Appeal ((1998), 41 O.R. (3d) 426) found that it was not. For the reasons hereafter, I find that the Board's decision was patently unreasonable.

4

There is no controversy regarding the factual underpinnings of this case. In brief, the Town of

J'ai pris connaissance des motifs du juge Bastarache. Notre désaccord concerne la question de savoir s'il était manifestement déraisonnable que la Commission conclue à l'existence d'un lien entre Charterways et Ajax, comme l'exige la décision *United Food and Commercial Workers International Union c. Parnell Foods Ltd.*, [1992] O.L.R.B. Rep. 1164, relativement à l'obligation du successeur. Comme l'a affirmé le juge Cory dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, à la p. 964, la fonction du tribunal d'examen en l'espèce consiste non pas à vérifier la justesse de la décision de la Commission, mais plutôt à décider si cette décision était manifestement déraisonnable. Voir également l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, le juge Iacobucci. À mon avis, le lien historique et fonctionnel qui existe entre Charterways et la ville d'Ajax constitue un élément de preuve sur lequel la Commission pouvait raisonnablement fonder sa conclusion à l'existence de l'obligation du successeur. Je conviens avec le juge Goudge que la conclusion de la Commission n'était pas «clairement irrationnelle».

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Bastarache et Binnie rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) — Le présent pourvoi concerne l'application de l'art. 64 de la *Loi sur les relations de travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. L.2, qui traite de la vente d'une entreprise. La question soulevée est de savoir si l'interprétation que la Commission des relations de travail de l'Ontario ([1994] O.L.R.B. Rep. 1296) a donnée à cette disposition relative à l'obligation du successeur était manifestement déraisonnable dans les circonstances de la présente affaire. La Cour divisionnaire à l'unanimité ((1995), 84 O.A.C. 281) a jugé que l'interprétation de la Commission était manifestement déraisonnable, alors que la Cour d'appel à l'unanimité ((1998), 41 O.R. (3d) 426) a décidé qu'elle ne l'était pas. Pour les motifs exposés ci-après, je conclus que la décision de la Commission était manifestement déraisonnable.

Les faits de la présente affaire ne sont pas controversés. En résumé, la ville d'Ajax a conclu avec

Ajax and Charterways Transportation Limited entered into a contract regarding the operation of the Town's municipal transit system. At all relevant times, the Town owned and supplied the buses and virtually all other tangible assets used to operate the system. The Town also controlled routes, schedules, rates and fare collection. For its part, Charterways provided and coordinated the drivers, mechanics and cleaners who operated the system. In addition, Charterways was responsible for licensing Handi-Trans vehicles, providing fuel, maintaining a spare parts inventory, accounting, operating records, training employees, maintaining a lost and found service, providing general information to callers regarding services provided for disabled, and taking reservations. The respondent Union was the certified bargaining agent for the bus drivers, mechanics and cleaners employed by Charterways in its Ajax Transit operations.

The Town Council of Ajax voted to terminate its contract with Charterways as of December 31, 1992, and to commence the operation of the system on its own as of January 1, 1993. Charterways laid off all of the drivers, mechanics and cleaners involved in the transit operations, not having enough work to permit their transfer to other duties. The Town, in turn, hired a number of Charterways' former employees in its recruitment process. As a result, former employees of Charterways formed a substantial proportion of the Town's new transit staff. None of Charterways' managerial and a limited part of its supervisory staff were hired by the Town. Of Charterways' former employees hired by the Town, only a small proportion were actually members of the bargaining unit. Some of the former employees of Charterways who applied for positions with the Town were not hired.

Charterways Transportation Limited un contrat relatif à l'exploitation de son réseau de transport en commun. À toutes les époques pertinentes, la ville possédait et fournissait les autobus et pratiquement tous les autres biens matériels nécessaires à l'exploitation du réseau. La ville contrôlait également les circuits, horaires et tarifs, de même que l'encaissement du prix des billets. Pour sa part, Charterways fournissait les chauffeurs, mécaniciens et préposés au nettoyage requis pour exploiter le réseau, et coordonnait leur travail. En outre, Charterways était chargée d'obtenir les permis pour les véhicules de Handi-Trans, de fournir le carburant, de maintenir un stock de pièces de rechange, de tenir la comptabilité, de gérer les dossiers, de former les employés, d'assurer un service d'objets trouvés, de donner des renseignements généraux par téléphone sur les services offerts aux handicapés, et de prendre les réservations. Le syndicat intimé était l'agent négociateur accrédité des chauffeurs d'autobus, des mécaniciens et des préposés au nettoyage affectés aux activités de transport en commun de Charterways à Ajax.

La ville d'Ajax a, par l'entremise de son conseil municipal, adopté une résolution en vue de résilier, dès le 31 décembre 1992, le contrat qui la liait à Charterways, et de commencer à exploiter elle-même le réseau à compter du 1^{er} janvier 1993. Étant donné qu'elle n'avait pas assez de travail pour leur confier d'autres fonctions, Charterways a licencié tous les chauffeurs, mécaniciens et préposés au nettoyage qui étaient affectés aux activités de transport en commun. La ville a, pour sa part, embauché un certain nombre d'anciens employés de Charterways dans le cadre de son processus de recrutement. En conséquence, le nouveau personnel de la ville affecté au transport en commun était composé, dans une large mesure, d'anciens employés de Charterways. La ville n'a embauché aucun gestionnaire de Charterways et n'a engagé qu'une petite partie de son personnel de supervision. En fait, seule une faible proportion des anciens employés de Charterways qui ont été embauchés par la ville appartenaient à l'unité de négociation. Certains anciens employés de Charterways qui ont présenté une demande d'emploi auprès de la ville n'ont pas été engagés.

6 A majority of the Ontario Labour Relations Board found that part of the business of Charterways was to provide a skilled workforce to the Town and that this workforce constituted a distinguishing part of Charterways' business. It concluded that the hiring of a significant number of Charterways' employees by the Town constituted an "acquisition" of part of a business pursuant to s. 64 of the Act. The Board was of the view that continuity of the business was sufficient to make a finding of deemed disposition under the terms of s. 64. Carruthers J., for the Divisional Court, disagreed, noting that nothing occurred between the Town and Charterways which could be reasonably said to have caused a sale, transfer or other disposition of Charterways' business or part thereof. He found that there was no nexus, legal act or legal relation to support the finding of the Board. With respect to whether part of a business had been transferred, Carruthers J. was of the view that when the Town determined that it no longer required the services offered by Charterways, that resulted in a loss of work for Charterways, not a loss of part of its business in the sense of being a separate and identifiable part of its operations.

7 Goudge J.A., for the Court of Appeal, decided that the terms "sale", "transfer" and "other disposition" should be interpreted broadly and do not require that the disposition or transfer take any particular legal form or occur by way of a legal transaction. He found that the commercial history between the Town and Charterways constituted a proper nexus and concluded that the decision of the Board was not patently unreasonable.

8 There is no doubt that the patently unreasonable test sets a high standard of review (*Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada*, [1993] 1 S.C.R. 941, at pp. 963-64). Nevertheless, a decision is patently unreasonable if it gives to the section of an Act a meaning which the words of the statute cannot reasonably bear (*Canadian*

La Commission des relations de travail de l'Ontario a conclu, à la majorité, qu'une partie de l'entreprise de Charterways consistait à fournir une main-d'œuvre qualifiée à la ville et que cette main-d'œuvre constituait une partie distinctive de l'entreprise de Charterways. Elle a conclu qu'en embauchant un nombre important d'employés de Charterways, la ville avait fait l'«acquisition» d'une partie d'une entreprise au sens de l'art. 64 de la Loi. La Commission estimait que la continuité de l'entreprise était suffisante pour conclure à l'existence d'une aliénation au sens de l'art. 64. Le juge Carruthers de la Cour divisionnaire, qui n'était pas de cet avis, a fait remarquer que la ville et Charterways n'avaient pas accompli quoi que ce soit qui, pouvait-on raisonnablement dire, avait entraîné une vente, un transfert ou une autre forme d'aliénation de l'entreprise de Charterways ou d'une partie de celle-ci. Il a conclu qu'il n'y avait aucun lien ni aucun acte ou rapport juridique qui était la conclusion de la Commission. Quant à savoir si une partie de l'entreprise avait été transférée, le juge Carruthers était d'avis que, lorsque la ville a décidé qu'elle n'avait plus besoin des services de Charterways, cette dernière a subi une perte de travail et non pas une perte d'une partie de son entreprise, au sens d'une partie distincte et identifiable de ses activités.

Le juge Goudge de la Cour d'appel a décidé que les termes [TRADUCTION] «vente», «transfert» et «autre forme d'aliénation» devaient être interprétés largement et qu'ils n'exigeaient pas que l'aliénation ou le transfert revête une forme juridique particulière ou résulte d'une opération juridique. Il a conclu que les antécédents commerciaux entre la ville et Charterways constituaient un lien approprié, et que la décision de la Commission n'était pas manifestement déraisonnable.

Il n'y a aucun doute que le critère du caractère manifestement déraisonnable représente une norme de contrôle sévère (*Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada*, [1993] 1 R.C.S. 941, aux pp. 963 et 964). Néanmoins, une décision est manifestement déraisonnable si elle donne à la disposition d'une loi un

Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board), [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 62).

Even if one were to accept, for the purposes of argument, that the instrumental approach was correctly applied by the Board and that it was not patently unreasonable for it to have concluded that Charterways' employees were its most valuable asset and that they could constitute a business entity that could be sold or transferred, I am nevertheless not satisfied with several elements of the Board's decision. First, I fail to see how there was any organizational nexus between Charterways and the Town to support the Board's conclusion that something passed from one to the other after the termination of the service contract. In *United Food and Commercial Workers International Union v. Parnell Foods Ltd.*, [1992] O.L.R.B. Rep. 1164, the Ontario Labour Relations Board held that, before one employer can be declared the successor of another, there must be some organizational nexus between the two employers, other than the fact that one employed persons to do certain work that the other now does or will do (at para. 205). The Court of Appeal in this case found that the commercial relationship between the parties constituted the required nexus. However, I disagree that commercial history on its own can constitute a sufficient nexus. While the Board suggested in *Canadian Union of Public Employees v. Metropolitan Parking Inc.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 1193, that a previous corporate, commercial or familial relationship between the parties may warrant a more careful consideration under s. 64, it does not follow from this passage that a commercial relationship in itself creates a nexus. This becomes clear from the following statement of the Board, at para. 35:

In assessing the facts from which a transfer of a business may be inferred, the Board has always been especially sensitive to any pre-existing corporate, commercial or familial relationship between the predecessor and the alleged successor; or between the predecessor, the alleged successor and a third party. Transactions in

sens auquel le texte de cette loi ne peut pas se prêter raisonnablement (*Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, au par. 62).

J'estime que plusieurs éléments de la décision de la Commission ne sont pas convaincants, même si on devait accepter, pour les fins du débat, que la Commission a correctement appliqué la méthode utile et qu'il n'était pas manifestement déraisonnable qu'elle conclue que les employés de Charterways représentaient l'actif le plus précieux de cette dernière et pouvaient constituer une entité commerciale susceptible d'être vendue ou transférée. Premièrement, je ne vois aucun lien organisationnel entre Charterways et la ville qui étaye la conclusion de la Commission que quelque chose est passé de l'une à l'autre après la résiliation du contrat de louage de services. Dans la décision *United Food and Commercial Workers International Union c. Parnell Foods Ltd.*, [1992] O.L.R.B. Rep. 1164, la Commission des relations de travail de l'Ontario a conclu que, pour qu'un employeur puisse être reconnu comme étant le successeur d'un autre, il doit exister un lien organisationnel quelconque entre les deux employeurs, outre le fait que l'un a engagé des personnes pour effectuer un travail que l'autre exécute en ce moment ou qu'il exécutera (au par. 205). La Cour d'appel en l'espèce a statué que la relation commerciale entre les parties constituait le lien requis. Toutefois, je ne suis pas d'accord pour dire que les antécédents commerciaux peuvent constituer en soi un lien suffisant. Ce n'est pas parce que la Commission a indiqué, dans *Canadian Union of Public Employees c. Metropolitan Parking Inc.*, [1979] O.L.R.B. Rep. 1193, qu'une relation d'entreprise, commerciale ou familiale antérieure entre les parties peut justifier un examen plus attentif en vertu de l'art. 64, qu'une relation commerciale crée en soi un lien. Cela ressort clairement de l'affirmation suivante de la Commission, au par. 35:

[TRADUCTION] Lorsqu'elle est appelée à évaluer les faits permettant de conclure à l'existence d'un transfert d'entreprise, la Commission porte depuis toujours une attention spéciale à toute relation d'entreprise, commerciale ou familiale préexistante entre le prédécesseur et le prétendu successeur, ou entre le prédécesseur, le pré-

these circumstances require a more careful examination of the business realities than do transfers between two previously unrelated business entities. The presence of a pre-existing relationship may suggest [sic] an artificial transaction designed to avoid bargaining obligations; or (more commonly) there may be a transaction in the nature of a business re-organization which does not alter the essential attributes of the employer-employee relationship, and which should not, having regard to the purpose of section 55, disturb the collectively bargained framework for that relationship. . . . In such circumstances it may be important to carefully examine the pre-existing links or lines of common control to which the alleged predecessor and successor are both subject. Such examination is precisely what is undertaken by the Board on an application under section 1(4); but it is also relevant on section 55 applications, and it is for this reason that applicants commonly plead section 1(4) in the alternative. It would be incorrect to make this consideration a decisive "test" for successorship; but where there is a pre-existing corporate connection between the predecessor and the successor the Board has been disposed to infer a "transfer" if there is the slightest evidence of such transaction. . . . As a practical matter, it is much more difficult to sustain the contention that one has not acquired a predecessor's business but merely founded a new, independent, but similar, business serving the same market. [Emphasis added.]

This concern with pre-existing commercial relationships is not related to nexus. Rather it seems to be related to the willingness to "capture" artificial transactions designed to avoid bargaining obligations. There is no indication of an artificial transaction in the present case. Thus, in my opinion, the commercial relationship between the Town and Charterways is an insufficient nexus and there is no indication of any other sufficient nexus in the circumstances of this case so as to support the Board's finding that a sale of business had occurred pursuant to s. 64 of the Act.

10

Second, the decision of the Board is patently unreasonable because it dispenses with the need for a disposition in s. 64. However broadly the terms "sale", "transfer" and "disposition" may be interpreted, "something must be relinquished by

tendu successeur et un tiers. Les opérations dans ces circonstances nécessitent un examen plus attentif des réalités de l'entreprise que ne l'exigent les transferts entre deux entreprises qui n'avaient antérieurement aucune relation entre elles. La présence d'une relation préexistante peut indiquer la présence d'une opération factice destinée à dispenser des obligations de négocier; ou (plus souvent), il peut y avoir une opération semblable à une réorganisation d'entreprise qui ne modifie pas les attributs essentiels de la relation employeur-employé et qui ne devrait pas, compte tenu de l'objet de l'article 55, perturber le cadre négocié collectivement de cette relation. [. . .] En pareilles circonstances, il peut être important d'étudier attentivement les liens préexistants ou les liens de contrôle commun auxquels sont assujettis à fois le prétendu prédécesseur et le prétendu successeur. C'est cette analyse qui est précisément engagée par la Commission à l'égard d'une requête présentée sous le régime du paragraphe 1(4), mais celle-ci s'applique également aux requêtes fondées sur l'article 55, et c'est pour cette raison que les requérants invoquent habituellement le paragraphe 1(4) de façon subsidiaire. Il ne serait pas approprié de voir dans cet examen un «critère» concluant à l'égard de l'obligation du successeur, mais lorsqu'il existe un lien d'entreprise préexistant entre le prédécesseur et le successeur, la Commission est disposée à conclure à l'existence d'un «transfert» dès qu'il y a la moindre preuve d'une telle opération. [. . .] En pratique, il est beaucoup plus difficile de prétendre qu'on n'a pas acquis l'entreprise d'un prédécesseur, mais qu'on a tout simplement fondé une nouvelle entreprise indépendante, mais semblable, qui dessert le même marché. [Je souligne.]

Cette préoccupation concernant les relations commerciales préexistantes n'a rien à voir avec un lien. Elle semble plutôt liée à la volonté de «déceler» les opérations factices destinées à dispenser des obligations de négocier. Rien n'indique l'existence d'une opération factice en l'espèce. J'estime donc que la relation commerciale entre la ville et Charterways est un lien insuffisant, et que rien n'indique l'existence, en l'espèce, d'un autre lien suffisant pour étayer la conclusion de la Commission qu'il y a eu vente d'une entreprise au sens de l'art. 64 de la Loi.

Deuxièmement, la décision de la Commission est manifestement déraisonnable parce qu'elle fait abstraction de la nécessité qu'il y ait aliénation, selon l'art. 64. Aussi largement que puissent être interprétés les termes «vente», «transfert» et

the predecessor business on the one hand and obtained by the successor on the other to bring a case within the section” (*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. 675). I fail to see how there was any disposition in the present circumstances. It is clear to me that a sale or a transfer implies a nexus, an agreement or transaction of some sort between the predecessor and successor employers. After all, it is a sale, transfer or disposition to a successor employer. There must be, in my view, a mutual intent to transfer part of the business. As professed by Beetz J. in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, at p. 1117:

The concepts of alienation and operation by another are based on an intentional transfer of a right: it is therefore necessary to determine between whom this mutual intent must exist.

I cannot accept that the unilateral decision of the Town to hire some of Charterways’ former employees can reasonably be interpreted as a deemed disposition by Charterways of part of its business. In this case, Charterways simply terminated employees it no longer needed. It did not transfer its employees to the Town. Its employees applied for positions, as did others, and underwent interviews. Some of Charterways’ employees were hired and some were not. The same service continued for the customers of Ajax Transit, but this is only because the same work was performed by a new organization.

In its decision, the Board commented on “control” and “direction” within the context of a s. 64 analysis. In so doing, the Board conflated the test for common or related employer within the meaning of s. 1(4) of the Act with the analysis required in a sale of business proceeding. Since Charterways was held to be a federal undertaking, the common employer provision was unavailable to the Union and the Board. In *Lester, supra*, at

«aliénation», «il doit y avoir d’une part abandon de quelque chose par l’entreprise prédécesseur et d’autre part obtention de quelque chose par le successeur pour que l’espèce soit visée par la disposition législative» (*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. 675). Je ne vois aucune aliénation dans les circonstances de la présente affaire. Il est clair, selon moi, qu’une vente ou un transfert implique un lien, une entente ou une opération quelconque entre l’employeur précédent et l’employeur qui succède. Après tout, il s’agit d’une vente, d’un transfert ou d’une aliénation à un employeur qui succède. Il doit y avoir, à mon avis, une intention commune de transférer une partie de l’entreprise. Comme l’a affirmé le juge Beetz dans l’arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, à la p. 1117:

Les concepts de l’aliénation et de la concession reposent sur la transmission volontaire d’un droit: il importe donc de déterminer entre qui le concours de volonté doit se produire.

Je ne puis accepter que la décision unilatérale de la ville d’embaucher certains anciens employés de Charterways puisse raisonnablement être interprétée comme constituant une aliénation par Charterways d’une partie de son entreprise. En l’espèce, Charterways a tout simplement licencié les employés dont elle n’avait plus besoin. Elle n’a pas transféré ses employés à la ville. Ces derniers ont, à l’instar d’autres personnes, présenté des demandes d’emploi et subi des entrevues. Certains employés de Charterways ont été embauchés et d’autres ne l’ont pas été. Si les usagers du réseau de transport en commun d’Ajax ont continué de bénéficier du même service, c’est seulement parce qu’un nouvel organisme effectuait le même travail.

Dans sa décision, la Commission a fait des observations sur les termes «contrôle» et «direction» dans le contexte d’une analyse fondée sur l’art. 64. Ce faisant, elle a confondu le critère relatif à l’employeur unique au sens du par. 1(4) de la Loi et l’analyse requise dans des procédures concernant la vente d’une entreprise. Étant donné qu’il a été décidé que Charterways est une entreprise fédérale, le syndicat et la Commission ne

pp. 693-94, this Court held that construing successorship provisions as common employer provisions was patently unreasonable.

12

I also note that the interpretation of the Board is patently unreasonable in light of s. 64.2 of the Act, which provides for the protection of specific bargaining rights by deeming that the sale of a business has occurred where “substantially similar services are subsequently provided at the premises under the direction of another employer” with respect to certain building services. Where the Legislature did not require a transfer or disposition, or a nexus as earlier discussed, it explicitly provided that such were not required. The interpretation given by the Board to s. 64 makes s. 64.2 redundant.

13

I conclude by saying that it was patently unreasonable for the Board to decide that the termination of the contractual relationship amounted to the sale of a business or part thereof pursuant to s. 64 only because the Town had terminated the service contract, decided to perform the work itself and hired some of Charterways’ former employees. The concept adopted by the Board according to which the Town could “transfer to itself” an essential element of Charterways’ business, by cancelling its contract, is not one that the words of the Act can reasonably bear. I would therefore allow the appeal and quash the decision of the Board, with costs throughout.

Appeal dismissed with costs to the respondent Union, L’HEUREUX-DUBÉ, BASTARACHE and BINNIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Heenan Blaikie, Toronto.

Solicitors for the respondent National Automobile, Aerospace and Agricultural Implement

pouvaient pas se prévaloir de la disposition relative à l’employeur unique. Dans l’arrêt *Lester*, précité, aux pp. 693 et 694, notre Cour a conclu qu’il était manifestement déraisonnable d’interpréter des dispositions relatives à l’obligation du successeur comme étant des dispositions relatives à l’employeur unique.

Je tiens également à souligner que l’interprétation de la Commission est manifestement déraisonnable compte tenu de l’art. 64.2 de la Loi, qui, relativement à certains services aux bâtiments, assure la protection de droits de négociation particuliers en présumant qu’une entreprise a été vendue lorsque «des services essentiellement semblables sont fournis par la suite dans les locaux sous la direction d’un autre employeur». Dans les cas où le législateur n’a pas exigé un transfert ou une aliénation, ou le lien dont nous avons traité précédemment, il a expressément prévu qu’ils n’étaient pas requis. L’interprétation que la Commission a donnée à l’art. 64 rend l’art. 64.2 redondant.

Je conclus en disant qu’il était manifestement déraisonnable que la Commission décide que la résiliation de la relation contractuelle équivalait à la vente d’une entreprise ou d’une partie d’entreprise au sens de l’art. 64, du seul fait que la ville avait résilié le contrat de louage de services, décidé d’exécuter le travail elle-même et embauché certains anciens employés de Charterways. Le texte de la Loi ne se prête pas raisonnablement au point de vue adopté par la Commission selon lequel la ville pouvait «se transférer» une partie essentielle de l’entreprise de Charterways en annulant son contrat. J’accueillerais donc le pourvoi et j’annulerais la décision de la Commission, avec dépens dans toutes les cours.

Pourvoi rejeté avec dépens en faveur du syndicat intimé, les juges L’HEUREUX-DUBÉ, BASTARACHE et BINNIE sont dissidents.

Procureurs de l’appelante: Heenan Blaikie, Toronto.

Procureurs de l’intimé le Syndicat national des travailleurs et travailleuses de l’automobile, de

Workers Union of Canada (CAW-Canada): Green & Chercover, Toronto.

Solicitor for the respondent Ontario Labour Relations Board: Ronald N. Lebi, Toronto.

l'aérospatiale et de l'outillage agricole du Canada (TCA-Canada): Green & Chercover, Toronto.

Procureur de l'intimée la Commission des relations de travail de l'Ontario: Ronald N. Lebi, Toronto.

MAIL  POSTE	
Canada Post Corporation / Société canadienne des postes	
Postage paid	Port payé
Blk	Nbre
03159442	
OTTAWA	

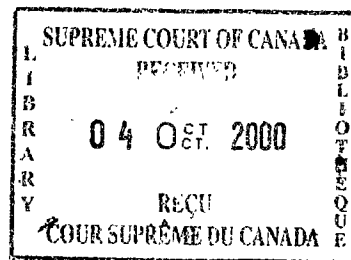
If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacre-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

En cas de non-livraison,

retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :

Travaux publics et Services
gouvernement Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 2000 Vol. 1

4^e cahier, 2000 Vol. 1

Cited as [2000] 1 S.C.R. 551-749

Renvoi [2000] 1 R.C.S. 551-749

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiŕste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
UZMA IHSANULLAH

KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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.

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.

CONTENTS

Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)..... 703

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Disabled persons — Canada Pension Plan disability pension — Plan providing for accommodation with respect to periods of minimum contribution for permanently disabled persons but not for temporarily disabled persons — Whether Plan infringing right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 44.

Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd. 638

Civil responsibility — Securities dealers — Portfolio manager — Failure to comply with mandate — Mismanagement of portfolio of securities — Point in time when manager's liability ends — Obligation of client to mitigate damages — Quantum of damages.

Mandate — Portfolio manager — Scope of mandate and point in time when it ends — Obligation of client to mitigate damages.

Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera 551

Insurance — Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Plaintiff bringing action against insured alleging battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty — Policy containing exclusion for intentional acts of insured — Whether insurer has a duty to defend.

Torts — Intentional torts — Battery — Evidence — Burden of proof — Consent — Whether plaintiff must prove lack of consent.

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City); Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City) 665

Civil rights — Right to equality — Handicap — Employment — Subjective perception of handicap — Physical anomaly not resulting in functional limitation — Meaning of word "handicap" — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 16.

Sansalone v. Wawanesa Mutual Insurance Co. 627

Insurance — Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Plaintiff bringing action against insured alleging battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty — Policy containing exclusion for bodily injury caused intentionally by the insured — Whether insurer has a duty to defend.

Continued on next page

SOMMAIRE

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)..... 703

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience — Pension d'invalidité du Régime de pensions du Canada — Accommodement relatif aux périodes de cotisation minimale prévu par le Régime dans les cas de déficience permanente mais non dans les cas de déficience temporaire — Le Régime porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 44.

Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd. 638

Responsabilité civile — Courtiers en valeurs mobilières — Gestionnaire de portefeuille — Non-respect du mandat — Mauvaise gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières — Moment où cesse la responsabilité du gestionnaire — Obligation du client de minimiser les dommages — Quantum des dommages.

Mandat — Gestionnaire de portefeuille — Étendue du mandat et moment où il prend fin — Obligation du client de minimiser les dommages.

Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera 551

Assurance — Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Action intentée par la demanderesse contre l'assuré pour voies de fait, voies de fait imputables à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire — Exclusion de la garantie de la police prévue pour actes intentionnels de l'assuré — L'assureur a-t-il une obligation de défendre?

Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Voies de fait — Preuve — Fardeau de la preuve — Consentement — Incombe-t-il à la demanderesse de prouver l'absence de consentement?

Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville); Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville) 665

Libertés publiques — Droit à l'égalité — Handicap — Emploi — Perception subjective d'un handicap — Anomalie physique n'occasionnant aucune limitation fonctionnelle — Quelle est la portée du motif «handicap»? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 16.

Sansalone c. Wawanesa Mutual Insurance Co. 627

Assurance — Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Action intentée par la demanderesse contre l'assuré pour voies de fait, voies de fait imputables

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Insurance — Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Optional endorsement for day care coverage containing exclusion for sexual molestation — Whether exclusion in endorsement implies coverage in general coverage provisions.

Torts — Intentional torts — Battery — Evidence — Burden of proof — Consent — Whether plaintiff must prove lack of consent.

SOMMAIRE (Fin)

à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire — Exclusion de la garantie de la police d'assurance prévue pour préjudice corporel infligé intentionnellement par l'assuré — L'assureur a-t-il une obligation de défendre?

Assurance — Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Avenant facultatif pour services de garde prévoyant l'exclusion de la garantie en cas d'atteinte à la pudeur — L'exclusion prévue dans l'avenant signifie-t-elle que la garantie s'applique dans les dispositions générales?

Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Voies de fait — Preuve — Fardeau de la preuve — Consentement — Incombe-t-il à la demanderesse de prouver l'absence de consentement?

Vincent Scalera *Appellant*

v.

M. J. Oppenheim in his quality as Attorney in Canada for the Non-Marine Underwriters, members of Lloyd's of London *Respondent*

INDEXED AS: NON-MARINE UNDERWRITERS, LLOYD'S OF LONDON v. SCALERA

Neutral citation: 2000 SCC 24.

File No.: 26695.

1999: October 14; 2000: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA COURT OF APPEAL

Insurance — Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Plaintiff bringing action against insured alleging battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty — Policy containing exclusion for intentional acts of insured — Whether insurer has a duty to defend.

Torts — Intentional torts — Battery — Evidence — Burden of proof — Consent — Whether plaintiff must prove lack of consent.

In 1996, a plaintiff brought a civil action against five B.C. Transit bus drivers, including the appellant, arising out of various alleged sexual assaults between 1988 and 1992. The allegations included battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty. The appellant owned a homeowner's insurance policy issued by the respondent insurer. The policy provided coverage for "compensatory damage because of bodily injury" arising from the insured's personal actions, excepting "bodily injury or property damage caused by any intentional or criminal act". The British Columbia Supreme Court dismissed the respondent's request for a declaration that it not be required to defend

Vincent Scalera *Appellant*

c.

M. J. Oppenheim en sa qualité de fondé de pouvoir au Canada des Non-Marine Underwriters, membres de Lloyd's of London *Intimé*

RÉPERTORIÉ: NON-MARINE UNDERWRITERS, LLOYD'S OF LONDON c. SCALERA

Citation neutre: 2000 CSC 24.

N° du greffe: 26695.

1999: 14 octobre; 2000: 3 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Assurance — Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Action intentée par la demanderesse contre l'assuré pour voies de fait, voies de fait imputables à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire — Exclusion de la garantie de la police prévue pour actes intentionnels de l'assuré — L'assureur a-t-il une obligation de défendre?

Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Voies de fait — Preuve — Fardeau de la preuve — Consentement — Incombe-t-il à la demanderesse de prouver l'absence de consentement?

En 1996, une demanderesse a intenté une action au civil contre cinq conducteurs d'autobus de B.C. Transit, dont l'appelant, par suite de différentes agressions sexuelles qui auraient été perpétrées entre 1988 et 1992. Les allégations portaient, entre autres, sur des voies de fait, voies de fait imputables à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire. L'appelant était titulaire d'une police propriétaires occupants établie par l'assureur intimé. La police fournissait une garantie à l'égard de «dommages-intérêts compensatoires par suite de l'infliction d'un préjudice corporel» découlant des actes de l'assuré, sauf en cas de «préjudice corporel ou matériel infligé par l'action ou l'omission intentionnelles ou criminelles». La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande de l'intimé visant à obtenir un jugement décla-

the appellant against the plaintiff's claims. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Binnie JJ.: The plaintiff's claims could not trigger coverage under the policy. Accordingly, the respondent has no duty to defend. While there is substantial agreement with Iacobucci J.'s reasoning, his approach to the tort of battery in the sexual context is disagreed with. In the tort of sexual battery, consent operates as a defence and must be proven by the defendant. The plaintiff is not required to prove that the defendant either knew that she was not consenting or that a reasonable person in the defendant's position would have known that she was not consenting.

The traditional rights-based approach to the law of battery that is now the law of Canada should not be set aside lightly. The tort of battery is a form of trespass against the person and is aimed at protecting the personal autonomy of the individual. Its purpose is to recognize the right of each person to control his or her body and who touches it, and to permit damages where this right is violated. The compensation stems not from fault, but from violation of the right to personal autonomy. When a person interferes with the body of another, a *prima facie* case of violation of the plaintiff's autonomy is made out. The law may then fairly call upon the person thus implicated to explain, or raise some defence, such as the defence of consent. If he can show that he acted with consent, the *prima facie* violation is negated and the plaintiff's claim will fail. But it is not up to the plaintiff to prove that, in addition to directly interfering with her body, the defendant was also at fault. Unlike negligence, where the requirement of fault can be justified because the tortious sequence may be complicated, trespass to the person is confined to direct interferences. Where the trespass causes actual injury to the plaintiff, there is a direct connection between the defendant's action and the plaintiff's injury. The traditional approach to trespass is also practical, since, if the defendant is in a position to say what happened, it is both sensible and just to give him an incentive to do so by putting the burden of explanation on him. In addition, the close causal relationship between the defendant's conduct and the violation of the plaintiff's bodily integrity, the identification of the loss with the plaintiff's personality and freedom, the infliction of the loss in isolated (as opposed to systemic) circumstances, and

ratoire selon lequel il n'est pas tenu de défendre l'appellant contre les allégations formulées par la demanderesse. La Cour d'appel a accueilli l'appel formé par l'intimé.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Binnie: Les allégations de la demanderesse ne pouvaient entraîner l'application de la garantie prévue dans la police. Par conséquent, l'intimé n'avait pas d'obligation de défendre. Les motifs du juge Iacobucci sont acceptés pour l'essentiel, mais sa démarche relativement au délit de voies de fait dans le contexte sexuel est rejetée. Pour ce qui est du délit de voies de fait de nature sexuelle, le consentement est un moyen de défense et il doit être établi par le défendeur. Il n'incombe pas à la demanderesse de prouver que le défendeur savait qu'elle n'était pas consentante ou qu'une personne raisonnable dans la situation du défendeur aurait su qu'elle ne l'était pas.

La démarche traditionnelle fondée sur les droits en ce qui concerne le droit en matière de voies de fait actuellement en vigueur au Canada ne doit pas être rejetée à la légère. Le délit de voies de fait constitue une forme d'atteinte à la personne et le droit en cette matière vise à protéger l'autonomie personnelle de l'individu. Il a pour objectif de reconnaître le droit de chaque personne d'avoir le contrôle de son corps et de décider qui peut y toucher, et de permettre que des dommages-intérêts soient accordés lorsque ce droit est violé. La réparation découle de la violation du droit à l'autonomie personnelle et non de la faute. Lorsqu'une personne porte atteinte au corps d'une autre personne, une preuve *prima facie* d'atteinte à l'autonomie du demandeur est établie. Il est alors possible en droit d'enjoindre, en toute équité, à la personne impliquée de s'expliquer ou d'invoquer un moyen de défense tel le consentement. Si elle peut établir qu'elle avait obtenu le consentement de l'autre personne, la preuve *prima facie* de l'atteinte est réfutée et le demandeur ne pourra avoir gain de cause. Toutefois, il n'incombe pas au demandeur de prouver que, en plus d'infliger une atteinte directe à son corps, le défendeur a également commis une faute. Contrairement à la négligence, pour laquelle l'exigence d'une faute peut être justifiée vu que l'enchaînement délictuel peut être complexe, la notion d'atteinte à la personne se limite aux atteintes directes. Lorsque l'atteinte cause un préjudice réel au demandeur, il existe un lien direct entre l'acte du défendeur et le préjudice du demandeur. La démarche traditionnelle en matière d'atteinte est également sensée sur le plan pratique, car, si le défendeur est en mesure de dire ce qui s'est produit, il est raisonnable et juste de l'inciter à le faire en l'obligeant à fournir

the perception of the defendant's conduct as anti-social all support the legal position that once the direct interference with the plaintiff's person is shown, the defendant may fairly be called upon to explain his behaviour if indeed it was innocent.

Therefore, while a plaintiff generally must prove all elements of the tort she alleges, the fact that contact must be harmful or offensive to constitute battery does not mean that the plaintiff must prove that she did not consent and that the defendant actually or constructively knew she did not consent to sexual contact. When it is accepted that the foundation of the tort of battery is a violation of personal autonomy, all contact outside the exceptional category of contact that is generally accepted or expected in the course of ordinary life is *prima facie* offensive. Since sexual contact is not generally accepted or expected in the course of ordinary activities, the plaintiff may establish an action for sexual battery without negating actual or constructive consent. Nothing special about sexual battery justifies requiring the plaintiff to prove that she did not consent or that the defendant either knew or ought to have known that she did not consent.

The exclusion clause in the policy must be interpreted as requiring an intent to injure. Where there is an allegation of sexual battery, courts will conclude as a matter of legal inference that the defendant intended harm for the purpose of construing exemptions of insurance coverage for intentional injury.

It is unnecessary to comment on the relationship between battery and negligence.

Per Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: The respondent has no duty to defend the appellant because the plaintiff's statement of claim makes no allegation that could potentially give rise to indemnity under the insurance contract.

An insurer only has a duty to defend when a lawsuit against the insured raises a claim that could potentially

une explication. De plus, le lien de causalité étroit entre la conduite du défendeur et la violation de l'intégrité physique du demandeur, l'identification de la perte avec la personnalité et la liberté du demandeur, l'infliction de la perte dans une situation particulière (par opposition à systémique) et la perception que la conduite du défendeur est antisociale étaient tous le point de vue juridique qu'une fois que l'atteinte directe à la personne du demandeur a été établie, il est juste d'obliger le défendeur à expliquer son comportement si, de fait, il était innocent.

Par conséquent, bien qu'un demandeur doive, de façon générale, prouver tous les éléments du délit qu'il prétend avoir subi, le fait que le contact doive être préjudiciable ou nocif pour constituer des voies de fait ne veut pas dire qu'il incombe à la demanderesse de prouver qu'elle ne donnait pas son consentement et que le défendeur savait, ou était réputé savoir, qu'elle ne consentait pas au contact sexuel. Si l'on accepte que le fondement du délit de voies de fait est une violation de l'autonomie personnelle, il s'ensuit que tout contact qui n'est pas visé par la catégorie exceptionnelle des contacts généralement acceptés ou auxquels on peut s'attendre dans la vie quotidienne est nocif à première vue. Comme le contact sexuel n'est pas visé par la catégorie des contacts généralement acceptés ou auxquels on peut s'attendre dans le cours d'activités ordinaires, le demandeur peut établir le bien-fondé d'une action pour voies de fait de nature sexuelle sans devoir réfuter le consentement véritable ou le consentement présumé. Les voies de fait de nature sexuelle n'ont pas de particularités justifiant que l'on exige de la demanderesse qu'elle prouve qu'elle ne donnait pas son consentement ou que le défendeur le savait, ou aurait dû le savoir.

Il faut interpréter la clause d'exclusion de la police comme exigeant l'intention d'infliger un préjudice. En cas d'allégation de voies de fait de nature sexuelle, les tribunaux concluront, en droit, que le défendeur a eu l'intention d'infliger un préjudice, dans le cadre de l'interprétation des clauses d'exclusion de la police d'assurance visant l'infliction délibérée d'un préjudice.

Il n'est pas nécessaire de faire des remarques sur le lien entre les voies de fait et la négligence.

Les juges Iacobucci, Major et Bastarache: L'intimé n'a aucune obligation de défendre l'appelant parce que, dans sa déclaration, la demanderesse ne formule aucune allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation en application du contrat d'assurance.

L'assureur n'est tenu de défendre l'assuré que lorsque la poursuite en justice se fonde sur une allégation

fall within coverage. The insurer's duty to defend is related to its duty to indemnify. Therefore if an insurance policy, like the one in this case, excludes liability arising from intentionally caused injuries, there will be no duty to defend actions based on such injuries.

A three-step process must be applied to determine whether a claim could trigger indemnity. First, a court should determine which of the plaintiff's legal allegations are properly pleaded. In doing so, courts are not bound by the legal labels chosen by the plaintiff. A plaintiff cannot change an intentional tort into a negligent one simply by choice of words, or vice versa. Therefore, when ascertaining the scope of the duty to defend, a court must look beyond the choice of labels, and examine the substance of the allegations contained in the pleadings. This does not involve deciding whether the claims have any merit; all a court must do is decide, based on the pleadings, the true nature of the claims. At the second stage, the court should determine if any claims are entirely derivative in nature. The duty to defend will not be triggered simply because a claim can be cast in terms of both negligence and intentional tort. A claim for negligence will not be derivative if the underlying elements of the negligence and of the intentional tort are sufficiently disparate to render the two claims unrelated. However, if both the negligence and intentional tort claims arise from the same actions and cause the same harm, the negligence claim is derivative, and it will be subsumed into the intentional tort for the purposes of the exclusion clause analysis. If neither claim is derivative, the claim of negligence will survive and the duty to defend will apply. Finally, at the third stage, the court must decide whether any of the properly pleaded, non-derivative claims could potentially trigger the insurer's duty to defend. This appeal's holding with respect to the proper characterization of a plaintiff's tort allegations should not be taken to affect any areas of law outside the insurance context presented by this appeal.

In this case, the exclusion clause must be read to require that the injuries be intentionally caused, in that they must be the product of an intentional tort and not of negligence. The plaintiff has stated three possible claims arising out of the alleged sexual assaults: sexual battery, negligent battery, and breach of fiduciary duty. Sexual

susceptible d'entraîner l'application de la garantie. L'obligation de l'assureur de défendre l'assuré est liée à son obligation de l'indemniser. Par conséquent, lorsque la police d'assurance exclut, comme c'est le cas en l'espèce, la responsabilité découlant d'un préjudice infligé intentionnellement, l'assureur n'a aucune obligation de défendre l'assuré auquel un tel délit est imputé.

Trois étapes doivent être franchies pour déterminer si une demande en justice est susceptible d'entraîner l'indemnisation. Premièrement, le tribunal doit établir lesquelles des allégations juridiques de la partie demanderesse sont adéquatement formulées. Pour ce faire, il n'est pas lié par la terminologie juridique qu'emploie cette dernière. Un délit intentionnel ne peut devenir un délit de négligence, et vice versa, du seul fait des mots employés par la partie demanderesse. Pour confirmer l'étendue de l'obligation de défendre, le tribunal doit donc aller au-delà de la terminologie choisie et tenir compte de la substance des allégations contenues dans les actes de procédure. Il ne s'agit pas de se prononcer sur le bien-fondé des allégations, mais seulement d'en déterminer la nature véritable sur la base des actes de procédure. Dans un deuxième temps, le tribunal doit vérifier si certaines d'entre elles sont entièrement de nature dérivée. Il ne saurait y avoir d'obligation de défendre simplement parce que l'allégation peut être formulée en fonction à la fois du délit de négligence et du délit intentionnel. Une allégation de négligence n'est pas tenue pour dérivée si les éléments sous-jacents de la négligence et du délit intentionnel sont suffisamment distincts pour en faire deux allégations n'ayant aucun point en commun. Cependant, si les deux allégations découlent des mêmes actes et causent le même préjudice, la négligence est tenue pour dérivée et elle est subsumée sous le délit intentionnel aux fins de l'application de la clause d'exclusion. Si aucun des délits allégués n'est dérivé, l'allégation de négligence subsiste et l'obligation de défendre s'applique. Enfin, à la troisième étape, le tribunal doit déterminer si les allégations non dérivées qui sont adéquatement formulées sont susceptibles d'entraîner l'obligation de défendre de l'assureur. La décision concernant la qualification appropriée des allégations d'une poursuite pour délit civil ne devrait pas s'appliquer à d'autres domaines du droit que celui de l'assurance présenté dans le contexte de la présente affaire.

En l'espèce, la clause d'exclusion doit être interprétée de façon que son application exige que le préjudice ait été infligé intentionnellement, c'est-à-dire qu'il ait été le fruit d'un délit intentionnel, et non d'une négligence. La demanderesse a mentionné trois allégations éventuelles relativement aux agressions sexuelles qu'elle aurait

battery requires the plaintiff to prove that a reasonable person should have known that the plaintiff did not validly consent to the sexual activity in question. Since non-consensual sexual activity is inherently harmful, any injuries resulting therefrom are intentionally caused, and the exclusion clause would apply. If a reasonable person would not have known that the plaintiff did not validly consent, the plaintiff's claim will fail, and there will be no duty to indemnify or duty to defend. The plaintiff's claims of negligence and breach of fiduciary duty are either not properly pleaded or are subsumed into the sexual battery because these claims are based on the same facts and resulted in the same harm. Therefore the exclusion clause applies equally to them. There being no potentially indemnifiable claim, the respondent has no duty to defend.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Collins v. Wilcock*, [1984] 3 All E.R. 374; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Larin v. Goshen* (1974), 56 D.L.R. (3d) 719; *Walmsley v. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232; *Tillander v. Gosselin* (1966), 60 D.L.R. (2d) 18, aff'd (1967), 61 D.L.R. (2d) 192; *Dahlberg v. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319; *Ellison v. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Scott v. Shepherd* (1773), 2 Black. W. 892, 96 E.R. 525; *Leame v. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724; *Fowler v. Lanning*, [1959] 1 Q.B. 426; *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Bell Canada v. COPE (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170, aff'd (1980), 31 O.R. (2d) 571; *Cole v. Turner* (1704), 6 Mod. 149, 87 E.R. 907; *Stewart v. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683; *In re F.*, [1990] 2 A.C. 1; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Freeman v. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589, aff'd [1984] 1 All E.R. 1036; *H. v. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299; *Pursell v. Horn* (1838), 8 AD. & E. 602, 112 E.R. 966; *Green v. Goddard* (1704), 2 Salkeld 641, 91 E.R. 540; *Humphries v. Connor* (1864), 17 Ir. Com. L. Rep. 1; *Forde v. Skinner* (1830), 4 Car. & P. 239, 172 E.R. 687; *Schweizer v. Central Hospital* (1974), 53 D.L.R. (3d) 494; *Allan v. New Mount Sinai Hospital* (1980), 109 D.L.R. (3d) 634, rev'd on other grounds (1981), 33 O.R. (2d) 603; *Brushett v. Cowan*

subies: les voies de fait de nature sexuelle, les voies de fait imputables à la négligence et le manquement à l'obligation fiduciaire. Pour prouver les voies de fait de nature sexuelle, il faut établir qu'une personne raisonnable aurait dû savoir que le consentement de la demanderesse à l'activité sexuelle en cause n'était pas valable. Comme les rapports sexuels non consentuels sont en soi préjudiciables, tout préjudice en résultant est intentionnel, et la clause d'exclusion s'applique. Si une personne raisonnable n'aurait pu savoir que le consentement de la demanderesse n'était pas valable, la demande sera rejetée, de sorte que l'assureur n'aura aucune obligation d'indemniser l'assuré non plus que de le défendre. Les allégations de négligence et de manquement à l'obligation fiduciaire ne sont pas adéquatement formulées ou sont subsumées sous l'allégation de voies de fait de nature sexuelle, car elles se fondent sur les mêmes faits, et les actes reprochés ont donné lieu au même préjudice. Par conséquent, la clause d'exclusion s'applique à leur égard. En l'absence de toute allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation, l'intimé n'a aucune obligation de défendre.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Collins c. Wilcock*, [1984] 3 All E.R. 374; *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Larin c. Goshen* (1974), 56 D.L.R. (3d) 719; *Walmsley c. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232; *Tillander c. Gosselin* (1966), 60 D.L.R. (2d) 18, conf. par (1967), 61 D.L.R. (2d) 192; *Dahlberg c. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319; *Ellison c. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Scott c. Shepherd* (1773), 2 Black. W. 892, 96 E.R. 525; *Leame c. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724; *Fowler c. Lanning*, [1959] 1 Q.B. 426; *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Bell Canada c. COPE (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170, conf. par (1980), 31 O.R. (2d) 571; *Cole c. Turner* (1704), 6 Mod. 149, 87 E.R. 907; *Stewart c. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683; *In re F.*, [1990] 2 A.C. 1; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Freeman c. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589, conf. par [1984] 1 All E.R. 1036; *H. c. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299; *Pursell c. Horn* (1838), 8 AD. & E. 602, 112 E.R. 966; *Green c. Goddard* (1704), 2 Salkeld 641, 91 E.R. 540; *Humphries c. Connor* (1864), 17 Ir. Com. L. Rep. 1; *Forde c. Skinner* (1830), 4 Car. & P. 239, 172 E.R. 687; *Schweizer c. Central Hospital* (1974), 53 D.L.R. (3d) 494; *Allan c. New Mount Sinai Hospital* (1980), 109 D.L.R. (3d) 634, inf. pour d'autres motifs par (1981), 33 O.R. (2d) 603; *Brushett c. Cowan*

(1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195; *O'Bonsawin v. Paradis* (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 188; *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams*, 355 N.W.2d 421 (1984).

By Iacobucci J.

Referred to: *Sansalone v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [2000] 1 S.C.R. 627, 2000 SCC 25; *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87; *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101; *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252; *Indemnity Insurance Co. of North America v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169; *Parsons v. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 S.C.R. 233; *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801; *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (1972); *Modern Livestock Ltd. v. Kansa General Insurance Co.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 355; *B.P. Canada Inc. v. Comco Service Station Construction & Maintenance Ltd.* (1990), 73 O.R. (2d) 317; *Kates v. Hall*, [1990] 5 W.W.R. 569; *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (1997); *Aerojet-General Corp. v. Transport Indemnity Co.*, 948 P.2d 909 (1997); *Lawyers Title Insurance Corp. v. Knopf*, 674 A.2d 65 (1996); *Allstate Insurance Co. v. Patterson*, 904 F. Supp. 1270 (1995); *Allstate Insurance Co. v. Brown*, 834 F. Supp. 854 (1993); *Gray v. Zurich Insurance Co.*, 419 P.2d 168 (1966); *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96; *Peerless Insurance Co. v. Viegas*, 667 A.2d 785 (1995); *Houg v. State Farm Fire and Casualty Co.*, 481 N.W.2d 393 (1992); *Linebaugh v. Berdish*, 376 N.W.2d 400 (1985); *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber*, 376 S.E.2d 581 (1988); *Allstate Insurance Co. v. Troelstrup*, 789 P.2d 415 (1990); *Nationwide Mutual Fire Insurance Co. v. Lajoie*, 661 A.2d 85 (1995); *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309; *Wilson v. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440; *Spivey v. Battaglia*, 258 So.2d 815 (1972); *Bettel v. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617; *Long v. Gardner* (1983), 144 D.L.R. (3d) 73; *Veinot v. Veinot* (1977), 81 D.L.R. (3d) 549; *Rumsey v. The Queen* (1984), 12 D.L.R. (4th) 44; *Holt v. Verbruggen* (1981), 20 C.C.L.T. 29; *Garratt v. Dailey*, 279 P.2d 1091 (1955); *Vosburg v. Putney*, 50 N.W. 403 (1891); *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Clayton v. New Dreamland Roller Skating Rink, Inc.*, 82

(1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195; *O'Bonsawin c. Paradis* (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 188; *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, 355 N.W.2d 421 (1984).

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Sansalone c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [2000] 1 R.C.S. 627, 2000 CSC 25; *Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87; *Wigle c. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101; *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252; *Indemnity Insurance Co. of North America c. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169; *Parsons c. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 R.C.S. 233; *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801; *Conner c. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (1972); *Modern Livestock Ltd. c. Kansa General Insurance Co.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 355; *B.P. Canada Inc. c. Comco Service Station Construction & Maintenance Ltd.* (1990), 73 O.R. (2d) 317; *Kates c. Hall*, [1990] 5 W.W.R. 569; *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. c. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (1997); *Aerojet-General Corp. c. Transport Indemnity Co.*, 948 P.2d 909 (1997); *Lawyers Title Insurance Corp. c. Knopf*, 674 A.2d 65 (1996); *Allstate Insurance Co. c. Patterson*, 904 F. Supp. 1270 (1995); *Allstate Insurance Co. c. Brown*, 834 F. Supp. 854 (1993); *Gray c. Zurich Insurance Co.*, 419 P.2d 168 (1966); *Bacon c. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96; *Peerless Insurance Co. c. Viegas*, 667 A.2d 785 (1995); *Houg c. State Farm Fire and Casualty Co.*, 481 N.W.2d 393 (1992); *Linebaugh c. Berdish*, 376 N.W.2d 400 (1985); *Horace Mann Insurance Co. c. Leeber*, 376 S.E.2d 581 (1988); *Allstate Insurance Co. c. Troelstrup*, 789 P.2d 415 (1990); *Nationwide Mutual Fire Insurance Co. c. Lajoie*, 661 A.2d 85 (1995); *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309; *Wilson c. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440; *Spivey c. Battaglia*, 258 So.2d 815 (1972); *Bettel c. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617; *Long c. Gardner* (1983), 144 D.L.R. (3d) 73; *Veinot c. Veinot* (1977), 81 D.L.R. (3d) 549; *Rumsey c. The Queen* (1984), 12 D.L.R. (4th) 44; *Holt c. Verbruggen* (1981), 20 C.C.L.T. 29; *Garratt c. Dailey*, 279 P.2d 1091 (1955); *Vosburg c. Putney*, 50 N.W. 403 (1891); *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Clayton c. New Dreamland Roller Skating*

A.2d 458 (1951); *Kirkpatrick v. Crutchfield*, 100 S.E. 602 (1919); *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Hambley v. Shepley* (1967), 63 D.L.R. (2d) 94; *Mandel v. The Permanent* (1985), 7 O.A.C. 365; *Wiffin v. Kincard* (1807), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 471, 127 E.R. 713; *Coward v. Baddeley* (1859), 4 H. & N. 478, 157 E.R. 927; *Freeman v. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589, aff'd [1984] 1 All E.R. 1036; *H. v. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299; *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams*, 355 N.W.2d 421 (1984); *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Ewanchuck*, [1999] 1 S.C.R. 330; *M. (M.) v. K. (K.)* (1989), 61 D.L.R. (4th) 392; *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72; *CNA Insurance Co. v. McGinnis*, 666 S.W.2d 689 (1984); *B.B. v. Continental Insurance Co.*, 8 F.3d 1288 (1993); *J.C. Penney Casualty Insurance Co. v. M.K.*, 804 P.2d 689 (1991); *State Farm Fire & Casualty Co. v. D.T.S.*, 867 S.W.2d 642 (1993); *American States Insurance Co. v. Borbor*, 826 F.2d 888 (1987); *Troelstrup v. District Court*, 712 P.2d 1010 (1986); *Rodriguez v. Williams*, 729 P.2d 627 (1986); *Horace Mann Insurance Co. v. Independent School District No. 656*, 355 N.W.2d 413 (1984); *Altena v. United Fire and Casualty Co.*, 422 N.W.2d 485 (1988); *Wilkieon-Valiente v. Wilkieon*, [1996] I.L.R. ¶1-3551; *Ellison v. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21; *Hatton v. Webb* (1977), 81 D.L.R. (3d) 377; *Co-operative Fire & Casualty Co. v. Saindon*, [1976] 1 S.C.R. 735; *Newcastle (Town) v. Mattatall* (1988), 52 D.L.R. (4th) 356; *Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan Board of Education v. Schatz* (1986), 18 C.C.L.I. 232; *Devlin v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 444; *Pistolessi v. Nationwide Mutual Fire Insurance Co.*, 644 N.Y.S.2d 819 (1996); *M'Alister v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Rodriguez by Brennan v. Williams*, 713 P.2d 135 (1986).

Statutes and Regulations Cited

Alberta Evidence Act, R.S.A. 1980, c. A-21, s. 12.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 273.2(b) [ad. 1992, c. 38, s. 1].
Evidence Act, R.S.N. 1990, c. E-16, s. 16.
Evidence Act, R.S.N.S. 1989, c. 154, s. 45.
Evidence Act, R.S.N.W.T. 1988, c. E-8, s. 17.
Evidence Act, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 13.
Evidence Act, R.S.P.E.I. 1988, c. E-11, s. 11.
Evidence Act, R.S.Y. 1986, c. 57, s. 14.
Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, s. 28.

Rink, Inc., 82 A.2d 458 (1951); *Kirkpatrick c. Crutchfield*, 100 S.E. 602 (1919); *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Hambley c. Shepley* (1967), 63 D.L.R. (2d) 94; *Mandel c. The Permanent* (1985), 7 O.A.C. 365; *Wiffin c. Kincard* (1807), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 471, 127 E.R. 713; *Coward c. Baddeley* (1859), 4 H. & N. 478, 157 E.R. 927; *Freeman c. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589, conf. par [1984] 1 All E.R. 1036; *H. c. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299; *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, 355 N.W.2d 421 (1984); *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Ewanchuck*, [1999] 1 R.C.S. 330; *M. (M.) c. K. (K.)* (1989), 61 D.L.R. (4th) 392; *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85; *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25; *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72; *CNA Insurance Co. c. McGinnis*, 666 S.W.2d 689 (1984); *B.B. c. Continental Insurance Co.*, 8 F.3d 1288 (1993); *J.C. Penney Casualty Insurance Co. c. M.K.*, 804 P.2d 689 (1991); *State Farm Fire & Casualty Co. c. D.T.S.*, 867 S.W.2d 642 (1993); *American States Insurance Co. c. Borbor*, 826 F.2d 888 (1987); *Troelstrup c. District Court*, 712 P.2d 1010 (1986); *Rodriguez c. Williams*, 729 P.2d 627 (1986); *Horace Mann Insurance Co. c. Independent School District No. 656*, 355 N.W.2d 413 (1984); *Altena c. United Fire and Casualty Co.*, 422 N.W.2d 485 (1988); *Wilkieon-Valiente c. Wilkieon*, [1996] I.L.R. ¶1-3551; *Ellison c. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21; *Hatton c. Webb* (1977), 81 D.L.R. (3d) 377; *Co-operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, [1976] 1 R.C.S. 735; *Newcastle (Town) c. Mattatall* (1988), 52 D.L.R. (4th) 356; *Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan Board of Education c. Schatz* (1986), 18 C.C.L.I. 232; *Devlin c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 444; *Pistolessi c. Nationwide Mutual Fire Insurance Co.*, 644 N.Y.S.2d 819 (1996); *M'Alister c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Rodriguez by Brennan c. Williams*, 713 P.2d 135 (1986).

Lois et règlements cités

Alberta Evidence Act, R.S.A. 1980, ch. A-21, art. 12.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 273.2b) [aj. 1992, ch. 38, art. 1].
Evidence Act, R.S.N. 1990, ch. E-16, art. 16.
Evidence Act, R.S.N.S. 1989, ch. 154, art. 45.
Evidence Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. E-11, art. 11.
Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, art. 28.
Loi sur la preuve, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 13.
Loi sur la preuve, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-8, art. 17.
Loi sur la preuve, L.R.Y. 1986, ch. 57, art. 14.

Authors Cited

- American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1965.
- Atrens, Jerome J. "International Interference with the Person". In Allen M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.
- Bell, Robert. "Sexual Abuse and Institutions: Insurance Issues" (1996), 6 *C.I.L.R.* 53.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, 3rd Student ed. Scarborough: Carswell, 1997.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough: Carswell, 1999 (loose-leaf).
- Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1991.
- Canada. Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa: The Group, 1992.
- Feldthusen, Bruce. "The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery". In Nicholas J. Mullany, ed., *Torts in the Nineties*. Sydney: LBC Information Services, 1997, 274.
- Feldthusen, Bruce. "The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?" (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 203.
- Fischer, James M. "Broadening the Insurer's Duty to Defend: How *Gray v. Zurich Insurance Co.* Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance" (1991), 25 *U.C. Davis L. Rev.* 141.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: Law Book Co., 1998.
- Florig, David S. "Insurance Coverage for Sexual Abuse or Molestation" (1995), 30 *Torts & Ins. L.J.* 699.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.
- Klar, Lewis. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
- Linden, Allen M., and Lewis N. Klar. *Canadian Tort Law: Cases, Notes and Materials*, 10th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- McCormick on Evidence*, vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- Pryor, Ellen S. "The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding" (1997), 75 *Tex. L. Rev.* 1721.
- Pryor, Ellen S. "The Tort Liability Regime and the Duty to Defend" (1999), 58 *Md. L. Rev.* 1.

Doctrine citée

- American Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Torts 2d*, vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1965.
- Atrens, Jerome J. «International Interference with the Person». In Allen M. Linden, ed., *Studies in Canadian Tort Law*. Toronto: Butterworths, 1968.
- Bell, Robert. «Sexual Abuse and Institutions: Insurance Issues» (1996), 6 *C.I.L.R.* 53.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, 3rd Student ed. Scarborough: Carswell, 1997.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, vol. 1. Scarborough: Carswell, 1999 (loose-leaf).
- Brown, Craig, and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1991.
- Canada. Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l'égalité des sexes dans le système de justice au Canada. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*. Ottawa: Le Groupe, 1992.
- Feldthusen, Bruce. «The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery». In Nicholas J. Mullany, ed., *Torts in the Nineties*. Sydney: LBC Information Services, 1997, 274.
- Feldthusen, Bruce. «The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 203.
- Fischer, James M. «Broadening the Insurer's Duty to Defend: How *Gray v. Zurich Insurance Co.* Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance» (1991), 25 *U.C. Davis L. Rev.* 141.
- Fleming, John G. *The Law of Torts*, 9th ed. Sydney: Law Book Co., 1998.
- Florig, David S. «Insurance Coverage for Sexual Abuse or Molestation» (1995), 30 *Torts & Ins. L.J.* 699.
- Fridman, Gerald Henry Louis. *The Law of Torts in Canada*, vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.
- Klar, Lewis. *Tort Law*, 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996.
- Linden, Allen M. *Canadian Tort Law*, 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.
- Linden, Allen M., and Lewis N. Klar. *Canadian Tort Law: Cases, Notes and Materials*, 10th ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- McCormick on Evidence*, vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- Pryor, Ellen S. «The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding» (1997), 75 *Tex. L. Rev.* 1721.
- Pryor, Ellen S. «The Tort Liability Regime and the Duty to Defend» (1999), 58 *Md. L. Rev.* 1.

Reynolds, Osborne M. "Tortious Battery: Is 'I Didn't Mean Any Harm' Relevant?" (1984), 37 *Okla. L. Rev.* 717.

Salmond and Heuston on the Law of Torts, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.

Sharp, Frederick L. "Negligent Trespass in Canada: A Persistent Source of Embarrassment" (1977-78), 1 *Advocates' Q.* 311.

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

Street on Torts, 10th ed. By Margaret Brazier and John Murphy. London: Butterworths, 1999.

Sullivan, Ruth. "Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 533.

Vail, Brian. "My Mistake, Your Problem': The Duty to Defend Liability Claims in Canada" (1996), 6 *C.I.L.R.* 201.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 106 B.C.A.C. 268, 172 W.A.C. 268, 48 B.C.L.R. (3d) 143, 158 D.L.R. (4th) 385, 2 C.C.L.I. (3d) 1, [1998] I.L.R. ¶1-3568, [1998] 9 W.W.R. 209, [1998] B.C.J. No. 834 (QL), allowing an appeal from the British Columbia Supreme Court (1997), 47 B.C.L.R. (3d) 187, 49 C.C.L.I. (2d) 305, [1998] I.L.R. ¶1-3519, [1997] B.C.J. No. 2481 (QL). Appeal dismissed.

Bruce P. Cran and Murray G. Madryga, for the appellant.

Eric A. Dolden and Karen F. W. Liang, for the respondent.

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

MCLACHLIN J. — I have read the reasons of Iacobucci J. and agree with the result he reaches and with much of his reasoning. I would respectfully disagree, however, from the view that in the tort of sexual battery, the onus rests on the plaintiff to prove that the defendant either knew that she was not consenting or that a reasonable person in

Reynolds, Osborne M. «Tortious Battery: Is 'I Didn't Mean Any Harm' Relevant?» (1984), 37 *Okla. L. Rev.* 717.

Salmond and Heuston on the Law of Torts, 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.

Sharp, Frederick L. «Negligent Trespass in Canada: A Persistent Source of Embarrassment» (1977-78), 1 *Advocates' Q.* 311.

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

Street on Torts, 10th ed. By Margaret Brazier and John Murphy. London: Butterworths, 1999.

Sullivan, Ruth. «Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach» (1987), 19 *R.D. Ottawa* 533.

Vail, Brian. «My Mistake, Your Problem': The Duty to Defend Liability Claims in Canada» (1996), 6 *C.I.L.R.* 201.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 106 B.C.A.C. 268, 172 W.A.C. 268, 48 B.C.L.R. (3d) 143, 158 D.L.R. (4th) 385, 2 C.C.L.I. (3d) 1, [1998] I.L.R. ¶1-3568, [1998] 9 W.W.R. 209, [1998] B.C.J. No. 834 (QL), qui a accueilli un appel formé contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 47 B.C.L.R. (3d) 187, 49 C.C.L.I. (2d) 305, [1998] I.L.R. ¶1-3519, [1997] B.C.J. No. 2481 (QL). Pourvoi rejeté.

Bruce P. Cran et Murray G. Madryga, pour l'appellant.

Eric A. Dolden et Karen F. W. Liang, pour l'intimé.

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

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai lu les motifs du juge Iacobucci et je souscris au résultat auquel il est parvenu de même qu'à une grande partie de son raisonnement. En toute déférence, je ne conviens cependant pas que, pour ce qui est du délit de voies de fait de nature sexuelle, il incombe à la demanderesse de prouver que le défendeur savait qu'elle

the defendant's position would have known that she was not consenting.

n'était pas consentante ou qu'une personne raisonnable dans la situation du défendeur aurait su qu'elle ne l'était pas.

2 As Goff L.J. (as he then was) stated in *Collins v. Wilcock*, [1984] 3 All E.R. 374 (Q.B.), at p. 378, "[t]he fundamental principle, plain and incontestable, is that every person's body is inviolate". The law of battery protects this inviolability, and it is for those who violate the physical integrity of others to justify their actions. Accordingly, in my respectful view, the plaintiff who alleges sexual battery makes her case by tendering evidence of force applied directly to her. "Force", in the context of an allegation of sexual battery, simply refers to physical contact of a sexual nature, and is neutral in the sense of not necessarily connoting a lack of consent. If the defendant does not dispute that the contact took place, he bears the burden of proving that the plaintiff consented or that a reasonable person in his position would have thought that she consented. My reasons for so concluding are the following.

Comme le lord juge Goff (plus tard juge à la Chambre des lords) l'a dit dans la décision *Collins c. Wilcock*, [1984] 3 All E.R. 374 (Q.B.), à la p. 378, [TRADUCTION] «[l]e principe fondamental, clair et incontestable, est que le corps humain est inviolable». Le droit en matière de voies de fait protège cette inviolabilité, et il incombe à la personne qui viole l'intégrité physique d'autrui de justifier ses actions. Par conséquent, à mon humble avis, le demandeur qui prétend avoir subi des voies de fait de nature sexuelle établit le bien-fondé de sa prétention lorsqu'il produit une preuve démontrant qu'une force a été directement employée contre lui. Dans le contexte d'une allégation de voies de fait de nature sexuelle, la «force» fait uniquement référence au contact physique de nature sexuelle et ce terme est neutre en ce sens qu'il ne sous-entend pas nécessairement l'absence de consentement. Dans le cas où le défendeur ne conteste pas qu'il y a eu contact, il lui incombe de prouver que le demandeur y consentait ou qu'une personne raisonnable dans sa situation aurait cru qu'il y consentait. Voici les motifs sur lesquels je fonde cette conclusion.

I. Analysis

A. *The Canadian Law of Battery Places the Onus of Proving Consent on the Defendant*

I. Analyse

A. *Le droit canadien en matière de voies de fait impose au défendeur le fardeau de prouver qu'il y a eu consentement*

3 As Iacobucci J. states (at para. 103) "for traditional batteries, consent is conceived of as an affirmative defence that must be raised by the defendant".

Comme l'indique le juge Iacobucci (au par. 103), «[d]ans les affaires de voies de fait traditionnelles, le consentement est clairement considéré comme une défense affirmative, que doit invoquer le défendeur».

4 This Court has long affirmed this proposition. In *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, at p. 839, Cartwright J. stated that "where a plaintiff is injured by force applied directly to him by the defendant his case is made by proving this fact and

Notre Cour a depuis longtemps confirmé cette proposition. Dans l'arrêt *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, à la p. 839, le juge Cartwright a dit que, [TRADUCTION] «lorsque le demandeur a subi un préjudice du fait que le défendeur a directement eu recours à la force contre lui, il établit le bien-fondé de sa demande en prouvant ce fait, et c'est

the onus falls upon the defendant to prove ‘that such trespass was utterly without his fault’.”

In *Larin v. Goshen* (1974), 56 D.L.R. (3d) 719 (N.S.C.A.), at p. 722, Macdonald J.A., citing numerous authorities, stated: “The law in Canada at present is this: In an action for damages in trespass where the plaintiff proves that he has been injured by the direct act of the defendant, the onus falls upon the defendant to prove that his act was both *unintentional and without negligence* on his part, in order for him to be entitled to a dismissal of the action.” (Emphasis in original.) See also *Walmsley v. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232 (B.C.S.C.); *Tillander v. Gosselin* (1966), 60 D.L.R. (2d) 18 (Ont. H.C.), aff’d (1967), 61 D.L.R. (2d) 192 (Ont. C.A.); *Dahlberg v. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319 (Man. C.A.), and *Ellison v. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21 (Ont. H.C.). A number of academic commentators also agree that the burden of proving consent lies on the defence: see J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9th ed. 1998), at p. 86; A. M. Linden and L. N. Klar, *Canadian Tort Law: Cases, Notes and Materials* (10th ed. 1994), at p. 102, note 2; and G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, at p. 63.

This proposition holds for particular forms of battery like medical battery and sexual battery. In *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, at p. 890, dealing with medical battery, Laskin C.J. stated for the Court that:

The tort [of battery] is an intentional one, consisting of an unprivileged and unconsented to invasion of one’s bodily security. True enough, it has some advantages for a plaintiff over an action of negligence since it does not require proof of causation and it casts upon the defendant the burden of proving consent to what was done.

And in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, dealing with sexual battery, La Forest J., for the plurality, stated, at p. 246, that “[a] battery is the intentional infliction of unlawful force on another person. Consent, express or implied, is a defence

au défendeur qu’il incombe de prouver “que l’atteinte n’est absolument pas de sa faute”».

Dans *Larin c. Goshen* (1974), 56 D.L.R. (3d) 719 (C.A.N.-É.), à la p. 722, le juge Macdonald, citant de nombreux précédents, a noté: [TRADUCTION] «L’état actuel du droit canadien est le suivant: Dans le cadre d’une action en dommages-intérêts pour atteinte où le demandeur prouve qu’il a subi un préjudice par suite d’un acte direct du défendeur, il incombe à ce dernier, pour que l’action puisse être rejetée, d’établir que l’acte n’était *ni intentionnel, ni le résultat d’une négligence* de sa part.» (En italique dans l’original.) Voir également *Walmsley c. Humenick*, [1954] 2 D.L.R. 232 (C.S.C.-B.); *Tillander c. Gosselin* (1966), 60 D.L.R. (2d) 18 (H.C. Ont.), conf. par (1967), 61 D.L.R. (2d) 192 (C.A. Ont.); *Dahlberg c. Naydiuk* (1969), 10 D.L.R. (3d) 319 (C.A. Man.), et *Ellison c. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21 (H.C. Ont.). Bon nombre d’auteurs s’entendent également pour dire qu’il incombe à la défense de prouver le consentement: voir J. G. Fleming, *The Law of Torts* (9^e éd. 1998), à la p. 86; A. M. Linden et L. N. Klar, *Canadian Tort Law: Cases, Notes and Materials* (10^e éd. 1994), à la p. 102, note 2, et G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, à la p. 63.

Cette proposition s’applique à des types particuliers de voies de fait tels les voies de fait de nature médicale et celles de nature sexuelle. Dans l’arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, qui portait sur des voies de fait de nature médicale, le juge en chef Laskin a dit au nom de la Cour, à la p. 890:

L’acte délictuel [de voies de fait] est intentionnel, puisque c’est une atteinte injustifiée et non autorisée à la sécurité physique d’une personne. Il est vrai qu’elle offre à un demandeur certains avantages dont il ne bénéficie pas dans une action fondée sur la négligence puisqu’elle n’exige pas la preuve de la causalité et qu’elle impose au défendeur l’obligation de prouver qu’il y a eu consentement à ce qui a suivi.

En outre, dans l’arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, qui traitait de voies de fait de nature sexuelle, le juge La Forest a signalé, au nom de la pluralité des juges, à la p. 246, que «[l]es voies de fait consistent à recourir délibérément à une force

5

6

to battery.” None of the members of the Court participating in the decision dissented from the view that the burden lies on the defendant to prove consent.

illégal contre une autre personne. Le consentement, exprès ou implicite, est opposable comme moyen de défense aux voies de fait.» Les juges de la Cour qui ont pris part à la décision étaient tous d’avis qu’il incombait au défendeur de prouver qu’il y avait eu consentement.

7 The question, then, is whether we should in this case depart from the settled rule that requires the plaintiff in a battery case to show only contact through a direct, intentional act of the defendant and places the onus on the defendant of showing consent or lawful excuse, including actual or constructive consent. For the reasons that follow, I am not convinced that we should alter the established rule.

La question est donc de savoir si nous devons, en l’espèce, nous écarter de la règle bien établie qui prévoit que, dans une affaire de voies de fait, le demandeur n’a qu’à prouver qu’il y a eu contact par voie d’acte direct et intentionnel du défendeur, et qui impose à ce dernier l’obligation de prouver le consentement ou l’excuse légitime, notamment le consentement véritable ou présumé. Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas convaincue que nous devrions modifier la règle établie.

B. *The Traditional Approach to Trespass is Justified as a Rights-Based Tort*

B. *La démarche traditionnelle en matière d’atteinte est justifiée en tant que délit fondé sur des droits*

8 The traditional rule, as noted, is that the plaintiff in an action for trespass to the person (which includes battery) succeeds if she can prove direct interference with her person. Interference is direct if it is the immediate consequence of a force set in motion by an act of the defendant: see *Scott v. Shepherd* (1773), 2 Black. W. 892, 96 E.R. 525 (K.B.); *Leame v. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724 (K.B.). The burden is then on the defendant to allege and prove his defence. Consent is one such defence.

Comme je l’ai souligné, la règle traditionnelle est que le demandeur aura gain de cause dans le cadre d’une action pour atteinte à sa personne (ce qui comprend les voies de fait) s’il est en mesure de prouver qu’il a été directement atteint. L’atteinte est directe si elle est la conséquence immédiate d’une force mise en branle par un acte du défendeur: voir *Scott c. Shepherd* (1773), 2 Black. W. 892, 96 E.R. 525 (K.B.); *Leame c. Bray* (1803), 3 East 593, 102 E.R. 724 (K.B.). Il incombe donc au défendeur d’invoquer un moyen de défense et d’en établir le bien-fondé. L’existence d’un consentement constitue un tel moyen de défense.

9 Some critics have suggested that this rule should be altered. They suggest that tort must always be fault-based. This means the plaintiff must prove fault as part of her case, by showing either: (1) that the defendant intended to harm; (2) that the defendant failed to take reasonable care or was “negligent”; or (3) that the tort is one of strict liability, i.e. legally presumed fault. On a practical level, some, like F. L. Sharp, argue that the traditional approach confers an unfair advantage on the plaintiff by easing her burden of proof: “Negligent Trespass in Canada: A Persistent Source of Embarrassment” (1977-78), 1 *Advocates’ Q.* 311,

Certains commentateurs ont proposé que cette règle soit modifiée. Ils soutiennent que la responsabilité délictuelle doit toujours être fondée sur la faute. Le demandeur doit donc prouver, dans son argumentation, qu’une faute a été commise, en établissant: (1) soit que le défendeur a eu l’intention de lui causer un préjudice; (2) soit que le défendeur a omis de faire preuve de diligence raisonnable ou qu’il a été «négligent»; (3) soit encore que la responsabilité délictuelle en question est de nature stricte, c.-à-d. que la faute est légalement présumée. Sur le plan pratique, certains, comme F. L. Sharp, soutiennent que la démarche tradition-

at pp. 312-14 and 326. It is suggested that the law has moved in this direction in England: see *Fowler v. Lanning*, [1959] 1 Q.B. 426, approved in *obiter* in *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.). In the spirit of these comments, my colleague Iacobucci J. proposes to alter the traditional rule, at least for sexual battery, to require the plaintiff to prove fault, i.e. that the defendant either knew or ought to have known that she was not consenting.

I do not agree with these criticisms of the traditional rule. In my view the law of battery is based on protecting individuals' right to personal autonomy. To base the law of battery purely on the principle of fault is to subordinate the plaintiff's right to protection from invasions of her physical integrity to the defendant's freedom to act: see R. Sullivan, "Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 533, at p. 546. Although I do not necessarily accept all of Sullivan's contentions, I agree with her characterization, at p. 551, of trespass to the person as a "violation of the plaintiff's right to exclusive control of his person". This right is not absolute, because a defendant who violates this right can nevertheless exonerate himself by proving a lack of intention or negligence: *Cook*, *supra*, at p. 839, *per* Cartwright J. Although liability in battery is based not on the defendant's fault, but on the violation of the plaintiff's right, the traditional approach will not impose liability without fault because the violation of another person's right can be considered a form of fault. Basing the law of battery on protecting the plaintiff's physical autonomy helps explain why the plaintiff in an action for battery need prove only a direct interference, at which point the onus shifts to the person who is alleged to have violated the right to justify

nelle confère un avantage injuste au demandeur en allégeant son fardeau de la preuve: «Negligent Trespass in Canada: A Persistent Source of Embarrassment» (1977-78), 1 *Advocates' Q.* 311, aux pp. 312 à 314 et 326. D'aucuns soutiennent que le droit a pris cette direction en Angleterre: voir *Fowler c. Lanning*, [1959] 1 Q.B. 426, approuvé dans des remarques incidentes dans *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.). Dans l'esprit de ces commentaires, mon collègue le juge Iacobucci propose de modifier la règle traditionnelle, du moins en ce qui concerne les voies de faits de nature sexuelle, de sorte que la demanderesse soit tenue de prouver qu'une faute a été commise, c.-à-d. que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu'elle ne donnait pas son consentement.

Je ne souscris pas à ces critiques de la règle traditionnelle. À mon avis, le droit en matière de voies de fait repose sur la protection du droit à l'autonomie personnelle des individus. Fonder le droit en matière de voies de fait uniquement sur le principe de la faute revient à subordonner à la liberté d'agir du défendeur le droit du demandeur à la protection contre toute atteinte à son intégrité physique: voir R. Sullivan, «Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach» (1987), 19 *R.D. Ottawa* 533, à la p. 546. Bien que je n'accepte pas nécessairement toutes les prétentions de Sullivan, je suis d'accord avec elle lorsque, à la p. 551, elle qualifie l'atteinte à la personne [TRADUCTION] «d'atteinte au droit du demandeur d'avoir le contrôle exclusif de sa personne». Ce droit n'est pas absolu, car le défendeur qui y porte atteinte peut néanmoins s'exonérer en prouvant l'absence d'intention ou la négligence: *Cook*, précité, à la p. 839, le juge Cartwright. Bien que la responsabilité en matière de voies de fait soit fondée non pas sur la faute du défendeur mais sur l'atteinte au droit du demandeur, la démarche traditionnelle n'impose pas de responsabilité quand il n'y a pas de faute, car l'atteinte à un droit d'autrui peut être considérée comme une forme de faute. Fonder le droit en matière de voies de fait sur la protection de l'autonomie physique du demandeur aide à expliquer pourquoi le demandeur qui intente une action pour voies de fait n'a

the intrusion, excuse it or raise some other defence.

11 I agree with Sullivan's view that the traditional approach to trespass to the person remains appropriate in Canada's modern context for a number of reasons. First, unlike negligence, where the requirement of fault can be justified because the tortious sequence may be complicated, trespass to the person is confined to direct interferences. Where the trespass causes actual injury to the plaintiff, there is a direct connection between the defendant's action and the plaintiff's injury. As Sullivan notes, at p. 562:

... where the injury complained of is an immediate consequence of the defendant's act, it is intuitively sound to require compensation from the defendant unless he offers a defence. In cases of direct interference, the relationship between the defendant's will, his decision to act, and the injury to the plaintiff is both simple and clear; there are no competing causal factors to obscure the defendant's role or dilute his factual responsibility. The question of his moral and legal responsibility is thus posed with unusual sharpness: as between the defendant who caused the injury and the plaintiff who received it, other things being equal, who shall pay? ... Once the plaintiff has shown that his right to personal autonomy has been violated by the defendant, prima facie the defendant should pay. [Emphasis added.]

12 Another factor supporting retaining the traditional approach to trespass and battery is that it makes practical sense. Linden J. in *Bell Canada v. COPE (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170 (Ont. H.C.), aff'd (1980), 31 O.R. (2d) 571 (C.A.), after noting the attacks on the Canadian law of trespass, writes (at p. 180):

The trespass action still performs several functions, one of its most important being a mechanism for shifting the onus of proof of whether there has been intentional or negligent wrongdoing to the defendant, rather than

qu'à prouver l'existence d'une atteinte directe, après quoi il incombe à la personne accusée d'avoir violé le droit de justifier l'atteinte ou de présenter une excuse légitime ou un autre moyen de défense.

Je partage l'avis de Sullivan que la démarche traditionnelle en matière d'atteinte à la personne convient toujours au contexte moderne canadien pour plusieurs raisons. Premièrement, contrairement à la négligence, pour laquelle l'exigence d'une faute peut être justifiée vu que l'enchaînement délictuel peut être complexe, la notion d'atteinte à la personne se limite aux atteintes directes. Lorsque l'atteinte cause un préjudice réel au demandeur, il existe un lien direct entre l'acte du défendeur et le préjudice du demandeur. Comme le souligne Sullivan, à la p. 562:

[TRADUCTION] ... lorsque le préjudice allégué est une conséquence immédiate de l'acte du défendeur, il est intuitivement judicieux de chercher à obtenir une réparation de ce dernier, à moins qu'il ne présente un moyen de défense. Dans les cas d'atteinte directe, le lien entre la volonté du défendeur, sa décision d'agir et le préjudice que le demandeur a subi est à la fois simple et clair; aucun facteur de causalité concurrent ne cache le rôle du défendeur ni ne diminue sa responsabilité dans les faits. La question de sa responsabilité morale et juridique se pose donc avec une clarté inhabituelle: toutes choses étant égales par ailleurs, qui, du défendeur qui a causé le préjudice, ou du demandeur qui l'a subi, devra payer? [...] Une fois que le demandeur a établi que le défendeur a violé son droit à l'autonomie personnelle, ce dernier devrait, à première vue, être tenu de payer. [Je souligne.]

Un autre facteur qui étaye la décision de conserver la démarche traditionnelle en matière d'atteinte et de voies de fait est qu'elle est sensée sur le plan pratique. Dans la décision *Bell Canada c. COPE (Sarnia) Ltd.* (1980), 11 C.C.L.T. 170 (H.C. Ont.), conf. par (1980), 31 O.R. (2d) 571 (C.A.), après avoir mentionné les attaques contre le droit canadien en matière d'atteinte, le juge Linden écrit, à la p. 180:

[TRADUCTION] L'action pour atteinte remplit toujours plusieurs fonctions, dont l'une des plus importantes est de fournir un mécanisme permettant de déplacer le fardeau de la preuve vers le défendeur, pour ce qui est de

requiring the plaintiff to prove fault. The trespass action, though perhaps somewhat anomalous, may thus help to smoke out evidence possessed by defendants, who cause direct injuries to plaintiffs, which should assist Courts to obtain a fuller picture of the facts, a most worthwhile objective. [Emphasis added.]

In cases of direct interference, the defendant is likely to know how and why the interference occurred. I agree with Sullivan's suggestion, at p. 563, that "if the defendant is in a position to say what happened, it is both sensible and just to give him an incentive to do so by putting the burden of explanation on him".

Finally, I share Sullivan's concern with the fact that cases of direct interference with the person tend to produce high "demoralization costs" (p. 563). Victims and those who identify with them tend to feel resentment and insecurity if the wrong is not compensated. The close causal relationship between the defendant's conduct and the violation of the plaintiff's bodily integrity, the identification of the loss with the plaintiff's personality and freedom, the infliction of the loss in isolated (as opposed to systemic) circumstances, and the perception of the defendant's conduct as anti-social, all support the legal position that once the direct interference with the plaintiff's person is shown, the defendant may fairly be called upon to explain his behaviour if indeed it was innocent.

These arguments persuade me that we should not lightly set aside the traditional rights-based approach to the law of battery that is now the law of Canada. The tort of battery is aimed at protecting the personal autonomy of the individual. Its purpose is to recognize the right of each person to control his or her body and who touches it, and to permit damages where this right is violated. The compensation stems from violation of the right to autonomy, not fault. When a person interferes with

savoir si un acte fautif a été commis intentionnellement ou par négligence, au lieu d'exiger du demandeur qu'il prouve qu'une faute a été commise. L'action pour atteinte, bien que quelque peu inusitée, peut donc permettre de dénicher des éléments de preuve qu'ont en leur possession des défendeurs qui ont causé des préjudices directs à des demandeurs, éléments qui devraient aider les tribunaux à se faire une image plus claire des faits, un objectif des plus valables. [Je souligne.]

En cas d'atteinte directe, il est probable que le défendeur saura comment et pourquoi il y a eu atteinte. Je suis d'accord avec la proposition de Sullivan, à la p. 563, que [TRADUCTION] «si le défendeur est en mesure de dire ce qui s'est produit, il est raisonnable et juste de l'inciter à le faire en l'obligeant à fournir une explication».

Enfin, je partage la préoccupation de Sullivan relativement au fait que les cas d'atteinte directe à la personne tendent à entraîner d'importants [TRADUCTION] «coûts sur le plan du découragement» (p. 563). Les victimes et les personnes qui s'y identifient ont tendance à éprouver du ressentiment et de l'insécurité si le préjudice ne fait pas l'objet d'une réparation. Le lien de causalité étroit entre la conduite du défendeur et la violation de l'intégrité physique du demandeur, l'identification de la perte avec la personnalité et la liberté du demandeur, l'infliction de la perte dans une situation particulière (par opposition à systémique) et la perception que la conduite du défendeur est antisociale étayent tous le point de vue juridique qu'une fois que l'atteinte directe à la personne du demandeur a été établie, il est juste d'obliger le défendeur à expliquer son comportement si, de fait, il était innocent.

Ces arguments me convainquent que nous ne devons pas rejeter à la légère la démarche traditionnelle fondée sur les droits en ce qui concerne le droit en matière de voies de fait actuellement en vigueur au Canada. Le droit en matière de voies de fait vise à protéger l'autonomie personnelle de l'individu. Il a pour objectif de reconnaître le droit de chaque personne d'avoir le contrôle de son corps et de décider qui peut y toucher, et de permettre que des dommages-intérêts soient accordés

13

14

15

the body of another, a *prima facie* case of violation of the plaintiff's autonomy is made out. The law may then fairly call upon the person thus implicated to explain, if he can. If he can show that he acted with consent, the *prima facie* violation is negated and the plaintiff's claim will fail. But it is not up to the plaintiff to prove that, in addition to directly interfering with her body, the defendant was also at fault.

lorsque ce droit est violé. La réparation découle de la violation du droit à l'autonomie et non de la faute. Lorsqu'une personne porte atteinte au corps d'une autre personne, une preuve *prima facie* d'atteinte à l'autonomie du demandeur est établie. Il est alors possible en droit d'enjoindre, en toute équité, à la personne impliquée de s'expliquer, si elle est en mesure de le faire. Si elle peut établir qu'elle avait obtenu le consentement de l'autre personne, la preuve *prima facie* de l'atteinte est réfutée et le demandeur ne pourra avoir gain de cause. Toutefois, il n'incombe pas au demandeur de prouver que, en plus d'infliger une atteinte directe à son corps, le défendeur a également commis une faute.

16

Having stated that we should not set aside the traditional approach to battery, I do not wish to foreclose the possibility of future growth in this area of the law. References in definitions of the tort of battery to "injury", or to contact being "unlawful" or "harmful or offensive" are different ways of expressing the idea that not every physical contact constitutes a battery. In other words, the tort requires contact "plus" something else. One view, as I discuss in the next section, is that the "plus" refers merely to non-trivial contact. The caselaw to date tends to support this view, and generally does not require actual physical or psychological injury: *Cole v. Turner* (1704), 6 Mod. 149, 87 E.R. 907; *Stewart v. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683 (Sask. C.A.), at p. 684; Fleming, *supra*, at p. 29; Fridman, *supra*, at p. 45. In a future case, it may be necessary to consider whether the "plus" required in addition to contact should be extended beyond the minimum of non-trivial acts. However, the issue does not arise in this case, since the plaintiff pleads physical and psychological damage. This is sufficient to bring the case within the traditional view of battery, however the "plus" is defined. Therefore, for the purposes of this case, I proceed upon the traditional view.

Ayant dit que nous ne devrions pas rejeter la démarche traditionnelle en matière de voies de fait, je ne voudrais pas exclure la possibilité de l'évolution du droit dans ce domaine. La mention, dans le délit de voies de fait, de «préjudice» ou de contact qui soit «illégal» ou bien «préjudiciable ou nocif» est une manière différente d'exprimer l'idée que ce ne sont pas tous les contacts physiques qui constituent des voies de fait. En d'autres termes, pour qu'il y ait délit, il doit y avoir un contact «plus» autre chose. Selon certains, point que j'analyse dans la section suivante, le «plus» ne fait référence qu'au contact non anodin. Jusqu'ici, la jurisprudence semble appuyer ce point de vue et, en règle générale, elle n'exige pas qu'il y ait un préjudice physique ou psychologique réel: *Cole c. Turner* (1704), 6 Mod. 149, 87 E.R. 907; *Stewart c. Stonehouse*, [1926] 2 D.L.R. 683 (C.A. Sask.), à la p. 684; Fleming, *op. cit.*, à la p. 29; Fridman, *op. cit.*, à la p. 45. Il pourrait s'avérer nécessaire, dans une affaire future, de déterminer si ce qui est exigé en «plus» du contact devrait s'étendre au-delà du minimum des actes non anodins. Toutefois, la question ne se pose pas en l'espèce, puisque la demanderesse allègue un préjudice physique et psychologique. Cela suffit pour que l'affaire soit considérée comme une affaire traditionnelle de voies de fait, de quelque façon que soit défini le «plus». Par conséquent, pour les fins de la présente affaire, je procède selon le point de vue traditionnel.

C. *The Argument that the Contact Must Be “Harmful or Offensive” Does Not Support Placing the Onus of Proving Non-Consent on the Plaintiff*

The proposition that the law should require a plaintiff in an action for sexual battery to prove that she did not consent, is supported, it is suggested, by a requirement that the contact involved in battery must be harmful or offensive. The argument may be summarized as follows. The plaintiff must prove all the essential elements of the tort of battery. One of these is that the contact complained of was inherently harmful or offensive on an objective standard. Consensual sexual contact is neither harmful nor offensive. Therefore the plaintiff, in order to make out her case, must prove that she did not consent or that a reasonable person in the defendant’s position would not have thought she consented.

I do not dispute that a plaintiff generally must prove all elements of the tort she alleges. Nor do I dispute that contact must be “harmful or offensive” to constitute battery. However, I am not persuaded that plaintiffs in cases of sexual battery must prove that contact was “non-consensual” in order to prove that it was “harmful or offensive”. If one accepts that the foundation of the tort of battery is a violation of personal autonomy, it follows that all contact outside the exceptional category of contact that is generally accepted or expected in the course of ordinary life, is *prima facie* offensive. Sexual contact does not fall into the category of contact generally accepted or expected in the course of ordinary activities. Hence the plaintiff may establish an action for sexual battery without negating actual or constructive consent.

The idea that battery is confined to conduct that is “harmful or offensive” finds root in the old

C. *L’argument que le contact doit être «préjudiciable ou nocif» n’étaye pas l’imposition au demandeur de l’obligation de prouver l’absence de consentement*

La proposition que le droit devrait enjoindre au demandeur, dans une action pour voies de fait de nature sexuelle, de prouver qu’il n’a pas donné son consentement, est étayée, soutient-on, par une exigence que le contact en cause dans une affaire de voies de fait doit être préjudiciable ou nocif. L’argument peut être résumé de la façon suivante. Le demandeur doit établir tous les éléments essentiels du délit de voies de fait, dont le fait que le contact en cause était, de façon objective, intrinsèquement préjudiciable ou nocif. Le contact sexuel consensuel n’est ni préjudiciable, ni nocif. Par conséquent, la demanderesse doit, pour établir le bien-fondé de sa demande, prouver qu’elle n’a pas donné son consentement ou qu’une personne raisonnable dans la situation du défendeur n’aurait pas cru qu’elle l’avait donné.

Je ne conteste pas qu’un demandeur doive, de façon générale, prouver tous les éléments du délit qu’il prétend avoir subi. Je ne conteste pas non plus que le contact doive être «préjudiciable ou nocif» pour constituer des voies de fait. Cependant, je ne suis pas convaincue que, dans les cas de voies de fait de nature sexuelle, les demandeurs doivent prouver que le contact était «non consensuel» pour démontrer qu’il était «préjudiciable ou nocif». Si l’on accepte que le fondement du délit de voies de fait est une violation de l’autonomie personnelle, il s’ensuit que tout contact qui n’est pas visé par la catégorie exceptionnelle des contacts généralement acceptés ou auxquels on peut s’attendre dans la vie quotidienne est nocif à première vue. Le contact sexuel n’est pas visé par la catégorie des contacts généralement acceptés ou auxquels on peut s’attendre dans le cours d’activités ordinaires. D’où la possibilité qui s’offre au demandeur d’établir le bien-fondé d’une action pour voies de fait de nature sexuelle sans devoir réfuter le consentement véritable ou le consentement présumé.

L’idée selon laquelle les voies de fait se limitent à la conduite «préjudiciable ou nocive» tire son

17

18

19

cases involving trivial contacts. While the law of battery traditionally has held that the defendant, not the plaintiff, bears the onus of proving consent, it has also held that not every trivial contact suffices to establish battery. The classic example is being jostled in a crowd. A person who enters a crowd cannot sue for being jostled; such contact is not “offensive”. Two theories have been put forward to explain this wrinkle on the general rule that all a plaintiff in a battery action must prove is direct contact. The first is implied consent: *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21st ed. 1996), at p. 121. The second sees these cases as “a general exception embracing all physical contact which is generally acceptable in the ordinary conduct of everyday life”: *In re F.*, [1990] 2 A.C. 1 (H.L.), at p. 73, *per* Lord Goff.

origine d’anciens cas portant sur des contacts anodins. Bien qu’il ait traditionnellement prévu qu’il incombe au défendeur, et non au demandeur, de prouver qu’il y a eu consentement, le droit en matière de voies de fait prévoit également qu’un contact anodin peut ne pas être suffisant pour établir qu’il y a eu voies de fait. L’exemple classique est le fait d’être bousculé dans une foule. La personne qui se joint à une foule ne peut intenter une action pour avoir été bousculée; un tel contact n’est pas «nocif». Deux théories ont été élaborées pour expliquer cette entorse à la règle générale selon laquelle, dans une action pour voies de fait, le demandeur doit seulement prouver qu’il y a eu contact direct. La première est celle du consentement implicite: *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (21^e éd. 1996), à la p. 121. La seconde considère de tels cas comme [TRADUCTION] «une exception générale couvrant tous les contacts physiques généralement acceptables dans le cours de la vie quotidienne»: *In re F.*, [1990] 2 A.C. 1 (H.L.), à la p. 73, lord Goff.

20

Both these theories are consistent with the settled rule in Canadian law that a plaintiff in a battery action need not prove the absence of consent. On the implied consent theory, even if the plaintiff proves contact, the burden never shifts to the defendant to prove consent because consent is implied by law. On the “exception” theory, the plaintiff cannot succeed merely by proving contact if such contact falls within the exceptional category of conduct generally acceptable in ordinary life. It is not necessary in this appeal to choose between these approaches, but in my view both refer to the sort of everyday physical contact which one must be expected to tolerate, even if one does not actually consent to it.

Ces deux théories sont compatibles avec la règle bien établie en droit canadien que, dans une action pour voies de fait, un demandeur n’est pas tenu de prouver l’absence de consentement. En ce qui concerne la théorie du consentement implicite, même si le demandeur prouve qu’il y a eu contact, il n’incombe jamais au défendeur de prouver qu’il y a eu consentement, vu que ce dernier est implicite en droit. Pour ce qui est de la théorie de l’«exception», pour avoir gain de cause, le demandeur ne peut se contenter de prouver qu’il y a eu contact lorsque ce contact est visé par la catégorie exceptionnelle des comportements généralement acceptables dans la vie quotidienne. Il n’est pas nécessaire de choisir entre ces théories dans le présent pourvoi, mais j’estime qu’elles se réfèrent toutes deux au genre de contacts physiques quotidiens qu’une personne est censée tolérer, même si elle n’y consent pas.

21

The question then becomes whether sexual battery falls into the extraordinary category of cases where proving contact will not suffice to establish the plaintiff’s case. Is sexual activity the sort of activity where consent is implied? Clearly it is not.

La question revient donc à savoir si les voies de fait de nature sexuelle sont visés par la catégorie extraordinaire des cas pour lesquels la demanderesse ne peut se contenter de prouver qu’il ya eu contact pour avoir gain de cause. L’activité

Alternatively, is it the sort of activity, like being jostled in a crowd, that is generally accepted and expected as a normal part of life? Again, I think not. The sort of conduct the cases envision is the inevitable contact that goes with ordinary human activity, like brushing someone's hand in the course of exchanging a gift, a gratuitous handshake, or being jostled in a crowd. Sexual contact does not fall into this category. It is not the casual, accidental or inevitable consequence of general human activity and interaction. It involves singling out another person's body in a deliberate, targeted act.

The assertion in some of the authorities that the contact must be harmful or offensive to constitute battery (see, e.g., *La Forest J. in M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at p. 25), reflects the need to exclude from battery the casual contacts inevitable in ordinary life. It does not, however, require the conclusion that to make out a case of battery, a plaintiff must prove that the contact was physically or psychologically injurious or morally offensive. The law of battery protects the inviolability of the person. It starts from the presumption that apart from the usual and inevitable contacts of ordinary life, each person is entitled not to be touched, and not to have her person violated. The sexual touching itself, absent the defendant showing lawful excuse, constitutes the violation and is "offensive". Sex is not an ordinary casual contact which must be accepted in everyday life, nor is it the sort of contact to which consent can be implied. To require a plaintiff in an action for sexual battery to prove that she did not consent or that a reasonable person in the defendant's position would not have thought she consented, would be to deny the protection the law has traditionally afforded to the

sexuelle est-elle un type d'activité à l'égard duquel le consentement est implicite? Certainement pas. Ou bien s'agit-il d'une activité qui, comme le fait d'être bousculé dans une foule, est généralement acceptée et à laquelle on peut s'attendre dans la vie quotidienne? Encore une fois, j'estime que non. Le type de conduite que visent ces cas est le contact inévitable qui accompagne l'activité humaine courante, comme le fait d'effleurer la main de quelqu'un en offrant un cadeau, de se donner la main sans raison particulière, ou d'être bousculé dans une foule. Le contact sexuel n'est pas visé par cette catégorie. Il ne s'agit pas de la conséquence fortuite, accidentelle ou inévitable d'une activité ou d'une interaction humaine. Il suppose la décision de toucher au corps d'une autre personne par un geste intentionnel et ciblé.

L'affirmation, dans certains précédents, que le contact doit être préjudiciable ou nocif pour constituer des voies de fait (voir, par exemple, les motifs du juge La Forest dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, à la p. 25) reflète la nécessité d'exclure des voies de fait les contacts fortuits inévitables dans la vie quotidienne. Elle n'exige cependant pas la conclusion que, pour établir le bien-fondé d'une action pour voies de fait, le demandeur doit prouver que le contact était physiquement ou psychologiquement préjudiciable, ou nocif sur le plan moral. Le droit en matière de voies de fait protège l'inviolabilité de la personne. Il est fondé sur la présomption que, hormis les contacts habituels et inévitables de la vie quotidienne, chacun a le droit de ne pas être touché et de ne pas subir une violation de sa personne. L'attouchement sexuel en soi, à moins que le défendeur ne présente une excuse légitime, constitue la violation et est «nocif». Le sexe n'est pas un contact fortuit qui doit être accepté dans la vie quotidienne et il ne s'agit pas du genre de contact pour lequel le consentement peut être considéré comme étant implicite. Exiger d'un demandeur qu'il prouve, dans une action pour voies de fait de nature sexuelle, qu'il n'était pas consentant ou qu'une personne raisonnable dans la situation du défendeur n'aurait pas cru qu'il l'était, reviendrait à le priver de la protection que la loi a traditionnellement offerte en matière d'inviolabilité du corps dans la situation où cette protection

inviolability of the body in the situation where it is perhaps most needed and appropriate.

23

Only two cases, one in England concerning therapeutic administration of drugs and one in New Zealand concerning sexual assault, are cited in favour of the proposition that the plaintiff must show harm by proving a lack of consent as an element of the tort of battery: see *Freeman v. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589 (Q.B.), aff'd [1984] 1 All E.R. 1036 (C.A.), *H. v. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299 (H.C.). The proposition that the plaintiff must prove a lack of consent, on the basis that she must prove that the impugned contact was harmful, is not supported by the law of battery, which has traditionally been confined to acts which are inherently harmful, like hitting, shooting or stabbing someone. Rather, its focus is on the protection of one's bodily integrity from any unwanted contact. Many of the older cases concern contacts devoid of any real harm apart from the violation of bodily integrity: *Pursell v. Horn* (1838), 8 AD. & E. 602, 112 E.R. 966 (pouring water on a person); *Green v. Goddard* (1704), 2 Salkeld 641, 91 E.R. 540 (forcibly taking an object held by another); *Humphries v. Connor* (1864), 17 Ir. Com. L. Rep. 1 (Q.B.) (taking flower worn by plaintiff), and *Forde v. Skinner* (1830), 4 Car. & P. 239, 172 E.R. 687 (cutting a person's hair). In more modern times, the same is true of medical battery cases. Like sexual acts, medical interventions may incidentally produce physical and psychological harm which may go to damages, but the basic "offence" or "harm" upon which the tort rests is the violation of the plaintiff's bodily integrity. As I discuss below, Canadian courts do not require plaintiffs alleging medical battery to prove that the defendant medical practitioner knew or ought to have known that the plaintiff did not consent to the medical contact.

est peut-être la plus nécessaire et la plus appropriée.

Deux cas seulement, l'un, en Angleterre, qui portait sur l'administration thérapeutique de médicaments, et l'autre, en Nouvelle-Zélande, qui portait sur une agression sexuelle, ont été cités pour étayer la proposition que le demandeur doit établir qu'il a subi un préjudice en prouvant l'absence de consentement, en tant qu'élément du délit de voies de fait: voir *Freeman c. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589 (Q.B.), conf. par [1984] 1 All E.R. 1036 (C.A.), et *H. c. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299 (H.C.). La proposition voulant que la demanderesse doive prouver l'absence de consentement, fondée sur le fait qu'elle doive établir que le contact reproché était préjudiciable, n'est pas étayée par le droit en matière de voies de fait, lesquelles ont traditionnellement été limitées à des actes intrinsèquement nuisibles, comme le fait de frapper, d'abattre ou de poignarder quelqu'un. Le droit en cette matière vise plutôt à protéger l'intégrité physique de la personne contre tout contact non souhaité. Plusieurs des anciennes affaires portent sur des contacts n'entraînant pas de préjudice réel outre la violation de l'intégrité physique: *Pursell c. Horn* (1838), 8 AD. & E. 602, 112 E.R. 966 (verser de l'eau sur une personne); *Green c. Goddard* (1704), 2 Salkeld 641, 91 E.R. 540 (prendre de force un objet détenu par une autre personne); *Humphries c. Connor* (1864), 17 Ir. Com. L. Rep. 1 (Q.B.) (prendre une fleur que portait la demanderesse), et *Forde c. Skinner* (1830), 4 Car. & P. 239, 172 E.R. 687 (couper les cheveux d'une personne). Pour ce qui est de l'époque plus contemporaine, on peut en dire autant des cas de voies de fait de nature médicale. À l'instar des actes sexuels, les interventions médicales peuvent incidemment entraîner un préjudice physique et psychologique susceptible de donner lieu à des dommages-intérêts, mais l'«offense» ou le «préjudice» fondamental sur lequel le délit est fondé est la violation de l'intégrité physique du demandeur. Comme je le mentionne plus loin, les tribunaux canadiens n'exigent pas que le demandeur allègue l'existence de voies de fait de nature médicale pour prouver que le médecin défendeur savait ou aurait dû savoir qu'il n'avait pas consenti au contact médical.

The practical counterpart of the argument that battery must involve inherently harmful or offensive conduct in some larger sense is the suggestion that absent such a requirement, plaintiffs will be able to unfairly drag defendants into court as a result of consensual sex, putting them to the trouble and risk of proving that the plaintiff consented or that a reasonable person would have concluded she consented. This point was not strongly argued, and with reason. Few plaintiffs to consensual sex or in situations where consent is a reasonable inference from the circumstances, are likely to sue if they are virtually certain to lose when the facts come out. Moreover, the rules of court provide sanctions for vexatious litigants. There is no need to change the law of battery to avoid vexatious claims.

Moreover, the prospect of plaintiffs suing and saying nothing about consent is more theoretical than real. In fact, plaintiffs suing for sexual battery usually testify that they did not consent to the sexual contact. Failure to do so, absent an explanation, makes it more likely the defendant could win when he calls evidence of consent or reasonable appearance of consent. Even if a plaintiff were to bring an action in sexual battery against the estate of a deceased defendant, many provincial and territorial evidence acts would not allow the plaintiff to obtain a judgment against the estate unless her evidence were corroborated by other material evidence: see *Evidence Acts* of Alberta, R.S.A. 1980, c. A-21, s. 12; Newfoundland, R.S.N. 1990, c. E-16, s. 16; Northwest Territories, R.S.N.W.T. 1988, c. E-8, s. 17; Nova Scotia, R.S.N.S. 1989, c. 154, s. 45; Ontario, R.S.O. 1990, c. E.23, s. 13; Prince Edward Island, R.S.P.E.I. 1988, c. E-11, s. 11; Yukon, R.S.Y. 1986, c. 57, s. 14. At the same time, as discussed more fully below, placing on the plaintiff the legal burden of always

La contrepartie, sur le plan pratique, de l'argument que les voies de fait supposent nécessairement une conduite préjudiciable ou nocive dans un sens plus large est l'idée qu'en l'absence d'une telle exigence, les demandeurs pourront injustement poursuivre les défendeurs après avoir eu des relations sexuelles consensuelles, les obligeant ainsi à prendre le risque d'avoir à prouver que le demandeur avait consenti aux relations sexuelles ou qu'une personne raisonnable aurait conclu qu'il y avait consenti. Ce point n'a pas été débattu énergiquement, et avec raison. Il est peu probable que le demandeur qui a eu des relations sexuelles consensuelles, ou qui se trouve dans une situation où il est raisonnable de déduire des circonstances qu'il avait consenti à ces relations, intente une action s'il est presque certain qu'il sera débouté après que les faits auront été établis. En outre, les règles de procédure prévoient l'infliction de sanctions aux parties qui intentent des actions vexatoires. Il n'est pas nécessaire de modifier le droit en matière de voies de fait pour éviter de telles actions.

De plus, la possibilité que des demandeurs intentent une action, mais restent muets sur la question du consentement, est plus théorique que réelle. En fait, les demandeurs qui intentent une action pour voies de fait de nature sexuelle témoignent habituellement qu'ils n'ont pas consenti au contact sexuel. Leur omission à cet égard, en l'absence d'explication, fait en sorte qu'il est plus probable que le défendeur ait gain de cause après avoir produit des éléments de preuve établissant le consentement ou l'apparence raisonnable de consentement. Même si un demandeur intentait une action pour voies de fait de nature sexuelle contre la succession d'un défendeur, plusieurs lois provinciales et territoriales sur la preuve ne lui permettraient pas d'obtenir un jugement contre la succession, à moins que son témoignage ne soit corroboré par d'autres éléments de preuve substantielle: voir les lois sur la preuve de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. A-21, art. 12; de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. E-16, art. 16; des Territoires du Nord-Ouest, L.R.T.N.-O. 1988, ch. E-8, art. 17; de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1989, ch. 154, art. 45; de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. E.23, art. 13; de l'Île-du-Prince-Édouard, R.S.P.E.I.

negating actual and constructive consent on pain of non-suit, may lead to injustice.

26 I conclude that the fact that the law of battery excludes trivial contact and requires contact that is “harmful or offensive” does not require us to conclude that the plaintiff bears the burden of proving that the defendant actually or constructively knew she did not consent to sexual contact.

D. There Is Nothing Particular About Sexual Assault that Makes it Necessary to Have a Special Rule of Battery for Sexual Assaults for What the Plaintiff Must Prove

27 If there were something special about sexual battery that justified requiring the plaintiff to prove that the defendant either knew she was not consenting or ought to have known that she was not consenting, a case might be made for so doing. The result would be a special rule for sexual battery inconsistent with the law of battery generally, and the creation of a new tort of sexual battery. Thus far the courts have declined to do this. As Professor Feldthusen notes, “[t]here has yet to be recognised a new nominate tort of *sexual battery*” (emphasis in original): “The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery”, in N. J. Mullany, ed., *Torts in the Nineties* (1997), 274, at p. 281. The sexual aspects of the claim go only to damages. However, as I stated above, a new tort of sexual battery with different rules from ordinary battery could be recognized in an appropriate case.

28 Before examining whether sexual battery is so different that special rules are required as to what the plaintiff must show, it is important to take note of the danger of placing special, unjustified

1988, ch. E-11, art. 11, et du Yukon, L.R.Y. 1986, ch. 57, art. 14. Par ailleurs, j’en discuterai plus longuement ci-après, imposer au demandeur le fardeau ultime de toujours devoir réfuter le consentement véritable et le consentement présumé afin d’éviter le non-lieu peut mener à l’injustice.

À mon avis, le fait que le droit en matière de voies de fait exclut les contacts anodins et exige que le contact soit «préjudiciable ou nocif» ne nous oblige pas à conclure qu’il incombe à la demanderesse de prouver qu’en fait, le défendeur savait, ou était réputé savoir, qu’elle ne consentait pas au contact sexuel.

D. L’agression sexuelle n’a rien de particulier qui rende nécessaire une règle spéciale sur ce que la demanderesse doit prouver en matière de voies de fait de nature sexuelle

Si les voies de fait de nature sexuelle avaient des particularités justifiant que l’on exige de la demanderesse qu’elle prouve que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu’elle ne donnait pas son consentement, on pourrait établir le bien-fondé d’une telle proposition. Il en résulterait une règle spéciale en matière de voies de fait de nature sexuelle qui serait incompatible avec le droit applicable aux voies de fait en général, de même que la création d’un nouveau délit de voies de fait de nature sexuelle. Jusqu’à maintenant, les tribunaux s’y sont refusé. Comme le fait remarquer le professeur Feldthusen, [TRADUCTION] «[u]n nouveau type de délit de voies de fait de nature sexuelle n’a toujours pas été reconnu» (en italique dans l’original): «The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery», dans N. J. Mullany, dir., *Torts in the Nineties* (1997), 274, à la p. 281. Les aspects sexuels de l’action n’ont trait qu’aux dommages-intérêts. Cependant, comme je l’ai déjà mentionné, on pourrait, dans un cas approprié, reconnaître un nouveau délit de voies de fait de nature sexuelle doté de règles distinctes des règles applicables aux voies de fait ordinaires.

Avant d’examiner la question de savoir si les voies de fait de nature sexuelle sont tellement différentes que des règles particulières doivent prévoir ce que la demanderesse doit établir, il importe

burdens on victims of sexual encounters. At p. 282, Feldthusen notes that “in the criminal sphere, enquiries into alleged consent have allowed the focus of the criminal trial to shift from the actions of the defendant to the character of the complainant. The same potential exists in tort law” (emphasis added). As he points out, “[t]here exist in our law deeply imbedded tendencies towards victim blaming” (p. 283). This is not to say that alleged victims of sexual assault could never be singled out by placing special rules of proof on them that do not apply to other types of plaintiffs. It is rather to say that we must guard against placing such burdens upon alleged victims of sexual assault unless it can objectively be shown that it is necessary to do so in order to achieve justice.

To require plaintiffs in actions for sexual battery to prove that they did not consent and that a reasonable person in the circumstances of the defendant would not have believed they consented, is to place a burden on plaintiffs in actions for sexual battery that plaintiffs in other types of battery do not bear. It is to do so, moreover, in the absence of any compelling reason. Indeed, there are powerful reasons for applying the usual rules that require a plaintiff to prove only direct contact in cases of sexual battery.

The first concern is that by requiring the plaintiff to prove more than the traditional battery claim requires, we inappropriately shift the focus of the trial from the defendant’s behaviour to the plaintiff’s character. Requiring the plaintiff to prove that a reasonable person in the position of the defendant would have known that she was not consenting requires her to justify her actions. In practical terms, she must prove that she made it clear through her conduct and words that she did not consent to the sexual contact. Her conduct, not the

de tenir compte du danger d’imposer des fardeaux particuliers et injustifiés aux victimes de contacts sexuels. Feldthusen fait remarquer, à la p. 282, que [TRADUCTION] «dans le domaine criminel, les enquêtes sur le prétendu consentement ont déplacé l’objet principal du procès criminel, de sorte qu’il ne porte plus sur les actes du défendeur, mais plutôt sur la réputation du plaignant. La même chose pourrait arriver en droit de la responsabilité délictuelle» (je souligne). Comme il le signale, [TRADUCTION] «[i]l existe, dans notre droit, une tendance ancrée à blâmer la victime» (p. 283). Cela ne veut pas dire que la personne qui prétend avoir été victime d’agression sexuelle ne sera jamais tenue de s’expliquer en vertu de règles de preuve particulières qui ne s’appliquent pas à d’autres types de demandeurs. Cela signifie plutôt que nous devons nous garder d’imposer de tels fardeaux aux personnes qui prétendent avoir été victimes d’agression sexuelle, à moins que l’on puisse objectivement établir qu’une telle mesure est nécessaire pour rendre justice.

Exiger du demandeur qui intente une action pour voies de fait de nature sexuelle qu’il prouve qu’il n’avait pas donné son consentement ou qu’une personne raisonnable dans la situation du défendeur n’aurait pas cru qu’il donnait son consentement, lui impose un fardeau dont les demandeurs n’ont pas à s’acquitter à l’égard d’autres types de voies de fait. En outre, on le ferait sans raison impérieuse. En fait, il y a de fortes raisons d’appliquer, dans une action pour voies de fait de nature sexuelle, les règles habituelles selon lesquelles le demandeur doit seulement prouver qu’il y a eu contact direct.

Ma première réserve est qu’en imposant à la demanderesse un fardeau de la preuve plus lourd que celui que l’action pour voies de fait a traditionnellement exigé, nous déplaçons de façon inappropriée l’objet principal du procès, de sorte qu’il ne porte plus sur le comportement du défendeur, mais plutôt sur la réputation de la demanderesse. Exiger de la demanderesse qu’elle prouve qu’une personne raisonnable dans la situation du défendeur aurait su qu’elle ne donnait pas son consentement revient à exiger d’elle de justifier ses actes. Dans la

defendant's, becomes the primary focus from the outset. If she cannot prove these things, she will be non-suited and the defendant need never give his side of the story.

pratique, elle doit prouver qu'elle a clairement exprimé, par sa conduite et ses paroles, qu'elle ne consentait pas au contact sexuel. Sa conduite, plutôt que celle du défendeur, devient l'objet principal dès le départ. Si elle ne parvient pas à établir ces éléments, le non-lieu sera accordé et le défendeur ne sera pas tenu de donner sa version des faits.

31 The proposed shift to the plaintiff of the onus of disproving constructive consent runs the risk of victim blaming, against which Feldthusen and others properly warn. It also runs the risk of making it impossible for deserving victims of sexual battery to even get their foot in the litigation door. Consider the case of the victim of sexual assault who cannot testify to the events because of shock, loss of memory or inebriation. If she can prove that she was sexually assaulted and identify the perpetrator through third-person evidence, should she be non-suited at the outset because she cannot prove that her conduct in the circumstances would have led a reasonable person to conclude she was not consenting? Is it not better in such cases that the defendant be called upon to give evidence so the court can decide the case on a more complete picture of the facts? This is what the law of battery would traditionally require. Why should we exempt the defendant because the battery is a sexual battery?

Le déplacement proposé du fardeau de la preuve, de sorte qu'il incomberait à la demanderesse de réfuter le consentement présumé, pourrait faire en sorte que la victime soit blâmée, un développement contre lequel Feldthusen et d'autres auteurs nous mettent en garde à bon droit. Il pourrait également en découler que des victimes méritantes dans des affaires de voies de fait de nature sexuelle soient incapables de même d'intenter une action. Prenons le cas de la victime d'agression sexuelle qui ne peut témoigner sur les événements parce qu'elle est en état de choc, souffre de perte de mémoire, ou était en état d'ébriété quand les événements se sont produits. Dans le cas où elle est en mesure de prouver qu'elle a subi une agression sexuelle et d'identifier son agresseur au moyen du témoignage d'un tiers, le non-lieu doit-il être prononcé dès le début parce qu'elle ne peut prouver que sa conduite dans les circonstances aurait mené une personne raisonnable à conclure qu'elle n'était pas consentante? N'est-il pas mieux dans de tels cas que le défendeur soit invité à témoigner, de sorte que la cour puisse trancher l'affaire sur le fondement d'une meilleure connaissance des faits? C'est ce qu'exige traditionnellement le droit en matière de voies de fait. Pourquoi le défendeur serait-il dispensé de témoigner parce que les voies de fait en cause sont de nature sexuelle?

32 The proposed shift of onus runs counter to Parliament's expressed view in the criminal context. Although the aims of criminal law and the law of tort are not identical, it remains significant that Parliament in s. 273.2(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, stipulates that those accused of sexual assault who seek to invoke the defence of honest but mistaken belief in consent must have taken reasonable steps in the circumstances known to them at the time to ascertain the complainant's

Le déplacement proposé du fardeau de la preuve va à l'encontre du point de vue que le législateur a exprimé dans le contexte criminel. Bien que les objectifs du droit criminel et du droit de la responsabilité délictuelle ne soient pas identiques, il n'en demeure pas moins révélateur que le législateur a prévu, à l'al. 273.2b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, que la personne accusée d'agression sexuelle qui fait valoir comme moyen de défense qu'elle croyait sincèrement mais de façon

consent. Parliament has thus moved to counteract the historic tendency of criminal trials for sexual assault to focus unduly on the behaviour of the complainant, and to redirect some of the focus to the defendant. The traditional tort of battery already provides this focus in the civil domain. That focus should be retained in my view. To quote Sullivan, *supra*, at p. 563, “if the defendant is in a position to say what happened, it is both sensible and just to give him an incentive to do so by putting the burden of explanation on him”.

Requiring the plaintiff to disprove constructive consent seems all the more unfair because the relevant facts lie first and foremost within the defendant’s sphere of knowledge. He alone knows whether he actually believed the plaintiff was consenting, and if he believed she was consenting, he is in the best position to give evidence on the factors that led him to believe that. The plaintiff, by contrast, is not in a position to produce evidence of what was in the defendant’s mind nor in as good a position to say what factors led him to that state of mind and whether he acted reasonably. While the defendant’s particular knowledge about his state of mind regarding consent is not determinative of who bears the burden of proof regarding consent, it is one of the principles of fairness and policy that are said to influence the allocation of this burden: see J. Sopinka, S. N. Lederman, and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at § 3.70; *McCormick on Evidence* (5th ed. 1999), vol. 2, at § 337.

I conclude that there is nothing about sexual battery that requires that the traditional rules of onus governing battery actions be changed. On the contrary, placing the onus on the plaintiff of disproving consent and constructive consent seems

erronée qu’elle avait obtenu le consentement du plaignant doit avoir pris les mesures raisonnables, dans les circonstances dont elle avait alors connaissance, pour s’assurer du consentement de ce dernier. Pour contrebalancer la tendance qui a cours depuis toujours dans les procès criminels pour agression sexuelle à examiner excessivement le comportement du plaignant, le législateur s’est donc efforcé d’attirer davantage l’attention sur le défendeur, ce qui est déjà prévu en matière civile pour le délit de voies de fait traditionnel. À mon avis, cette démarche devrait être conservée. Comme le dit Sullivan, *loc. cit.*, à la p. 563, [TRADUCTION] «si le défendeur est en mesure de dire ce qui s’est produit, il est raisonnable et juste de l’inciter à le faire en l’obligeant à fournir une explication».

Exiger de la demanderesse qu’elle réfute le consentement présumé semble d’autant plus injuste que c’est le défendeur, qui, d’abord et avant tout, connaît les faits pertinents. Il est le seul à savoir s’il croyait vraiment que la demanderesse était consentante, et, s’il le croyait effectivement, il est le mieux placé pour témoigner sur les facteurs qui l’ont mené à le croire. La demanderesse, par contre, ne peut témoigner sur ce que le défendeur avait à l’esprit, et elle n’est pas bien placée pour dire quels facteurs ont suscité cet état d’esprit chez ce dernier ni pour déterminer s’il a agi de façon raisonnable. Bien que la connaissance particulière du défendeur sur son propre état d’esprit en ce qui concerne le consentement ne permette pas de déterminer à qui incombe le fardeau de la preuve relativement à cette question, il s’agit de l’un des principes d’équité et de l’une des considérations de principe qui, dit-on, ont une incidence sur la question de savoir à qui ce fardeau incombe: voir J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), au § 3.70; *McCormick on Evidence* (5^e éd. 1999), vol. 2, au § 337.

Je conclus que rien dans les voies de fait de nature sexuelle n’exige que l’on modifie les règles traditionnelles en matière de fardeau de la preuve applicables aux actions pour voies de fait. Au contraire, imposer à la demanderesse le fardeau de

unfairly to impose special obligations on plaintiffs who sue for sexual assault.

E. *To Require the Plaintiff to Prove that the Defendant Knew or Ought to Have Known She Was Not Consenting Presents the Dilemma of Either Changing the Law for Other Types of Battery or Introducing an Inconsistency in the Law of Battery*

35 To hold that battery must involve a contact that is inherently harmful or offensive has the potential to change the law relating to other types of battery, like medical battery. Alternatively, if it does not, it will introduce an inconsistency into the law of battery.

36 As discussed, Canadian courts have repeatedly held that for medical battery, the defendant bears the onus of proving consent as a defence: see, for example, *Reibl, supra*; *Schweizer v. Central Hospital* (1974), 53 D.L.R. (3d) 494 (Ont. H.C.); *Allan v. New Mount Sinai Hospital* (1980), 109 D.L.R. (3d) 634 (Ont. H.C.), rev'd on other grounds (1981), 33 O.R. (2d) 603 (C.A.); *Brushett v. Cowan* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195 (Nfld. C.A.), at p. 199, and *O'Bonsawin v. Paradis* (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 188 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). Like sexual contact, the act of medical intervention is not inherently harmful or offensive, beyond its potential to violate bodily integrity. If sexual battery requires the plaintiff to prove that the defendant knew or ought to have known that the plaintiff did not consent, it is difficult to see why the same would not hold for medical malpractice. Yet no one has suggested that the law of medical malpractice ought to be changed to place an additional burden on the plaintiff of proving a culpable state of mind in the defendant medical practitioner. The alternative, if the law of battery were changed in this regard for sexual battery, would be inconsistency in the law of battery. Neither alternative is attractive. This suggests a further reason for being wary of the proposition that battery requires proof

réfuter le consentement réel et le consentement présumé semble imposer injustement des obligations particulières à la personne qui intente une action pour agression sexuelle.

E. *Exiger de la demanderesse qu'elle prouve que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu'elle ne donnait pas son consentement pose un dilemme: faut-il modifier le droit à l'égard d'autres types de voies de fait ou introduire une incohérence dans le droit en matière de voies de fait?*

Soutenir qu'il doit y avoir un contact fondamentalement préjudiciable ou nocif pour qu'il y ait voies de fait est susceptible de modifier le droit applicable à d'autres types de voies de faits, tels les voies de faits de nature médicale. Sinon, s'il n'en est rien, cela introduira une incohérence dans le droit en matière de voies de fait.

Comme je l'ai déjà mentionné, les tribunaux canadiens ont statué à maintes reprises que pour ce qui est des voies de fait de nature médicale, il incombe au défendeur de prouver qu'il y a eu consentement: voir, par exemple, *Reibl, précité*; *Schweizer c. Central Hospital* (1974), 53 D.L.R. (3d) 494 (H.C. Ont.); *Allan c. New Mount Sinai Hospital* (1980), 109 D.L.R. (3d) 634 (H.C. Ont.), inf. pour d'autres motifs par (1981), 33 O.R. (2d) 603 (C.A.); *Brushett c. Cowan* (1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195 (C.A.T.-N.), à la p. 199, et *O'Bonsawin c. Paradis* (1993), 15 C.C.L.T. (2d) 188 (C. Ont. (Div. gén.)). À l'instar du contact sexuel, l'intervention médicale n'est pas intrinsèquement préjudiciable ou nocive, hormis le fait qu'elle est susceptible de violer l'intégrité physique. Si, en matière de voies de fait de nature sexuelle, le demandeur doit prouver que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu'il n'était pas consentant, on peut difficilement voir pourquoi il n'en serait pas de même pour ce qui est de la faute professionnelle médicale. Pourtant, personne n'a suggéré de modifier le droit applicable en cette matière de sorte qu'incombe au demandeur le fardeau supplémentaire de prouver que le praticien défendeur avait une intention criminelle. Autrement, si le droit en matière de voies de fait était modifié à cet égard

by the plaintiff of an inherently harmful or offensive act.

F. *Requiring the Plaintiff to Prove that the Defendant Knew or Ought to Have Known that She Did Not Consent is Neither Necessary nor Sufficient to Permit the Conclusion that the Insurers in this Case Are Not Obligated to Defend the Defendant*

The question at issue on this appeal is whether the insurer may avoid the obligation to defend the defendant to the battery action under the policy exclusion for “any intentional . . . act”. I agree with Iacobucci J. that this clause must be interpreted as requiring an intent to injure. It follows that for the tort of sexual battery to be excluded from policy coverage, it must always involve intent to injure.

As I understand his reasons, Iacobucci J. finds this intent to injure is present on the basis of legal inference, not as a matter of fact. The law presumes that in actions of battery for sexual assault, the defendant intends to injure the plaintiff. Thus Iacobucci J. states “[g]iven . . . actual or constructive knowledge of non-consent, the law will not permit the appellant to claim that he did not intend any harm” (para. 94 (emphasis added)). This legal inference is necessary because in cases of constructive knowledge, the defendant may be held liable despite the fact that he had no actual knowledge of lack of consent and hence no actual intent to harm the plaintiff. Iacobucci J. elaborates at para. 121 in reviewing the American jurispru-

pour ce qui est des voies de fait de nature sexuelle, on introduirait une incohérence dans ce droit. Ni l’une ni l’autre solution n’est attrayante. Voilà une autre raison de se méfier de la proposition selon laquelle, en matière de voies de fait, le demandeur doit prouver qu’il a subi un acte fondamentalement préjudiciable ou nocif.

F. *Exiger de la demanderesse qu’elle prouve que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu’elle ne donnait pas son consentement n’est ni nécessaire ni suffisant pour conclure que les assureurs en l’espèce ne sont pas tenus de défendre le défendeur*

La question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l’assureur peut éviter l’obligation de défendre le défendeur à l’égard du délit de voies de fait en vertu de l’exclusion prévue dans la police d’assurance à l’égard du préjudice infligé [TRA-DUCTION] «par l’action [. . .] intentionnelle». Tout comme le juge Iacobucci, j’estime qu’il faut considérer que cette clause exige l’intention d’infliger un préjudice. Il s’ensuit que pour que le délit de voies de fait de nature sexuelle soit exclu de la garantie de la police, il doit toujours supposer l’intention d’infliger un préjudice.

Si je comprends bien ses motifs, le juge Iacobucci estime, sur la base d’une conclusion fondée en droit et non d’une conclusion de fait, que cette intention d’infliger un préjudice existe en l’espèce. La loi présume, en ce qui concerne les actions pour voies de fait de nature sexuelle, que le défendeur avait l’intention d’infliger un préjudice au demandeur. Ainsi, le juge Iacobucci estime que «[c]omme il savait ou était réputé savoir qu’il n’y avait pas eu consentement, l’appelant ne pourra prétendre, suivant le droit applicable, qu’il n’avait pas l’intention d’infliger un préjudice» (par. 94 (je souligne)). Cette conclusion fondée en droit est nécessaire vu que, dans les cas de connaissance présumée, le défendeur peut être tenu responsable malgré le fait qu’il n’avait pas de connaissance réelle de l’absence de consentement et qu’il n’avait donc pas véritablement eu l’intention d’infliger un préjudice au demandeur. Le juge Iacobucci développe sa pensée, au par. 121, en examinant la

37

38

dence on this issue, in the context of sexual assaults on children:

Courts have had little difficulty in concluding that defendants in these cases are presumed to intend harm to their victims — notwithstanding the fact that “males who are involved in such activities do not expect or intend that the females will sustain any injury”. . . . [Emphasis added.]

In other words, where there is an allegation of sexual battery, courts will conclude as a matter of legal inference that the defendant intended harm for the purpose of construing exemptions of insurance coverage for intentional injury.

jurisprudence américaine sur cette question, dans le contexte de l'agression sexuelle d'un enfant:

Les tribunaux n'ont pas hésité à dire que les défendeurs dans ce genre d'affaires sont présumés avoir voulu infliger un préjudice à leurs victimes — malgré le fait que [TRADUCTION] «les hommes qui se livrent à de tels actes ne s'attendent pas à ce que les femmes subissent un préjudice ni ne veulent leur en infliger un». . . [Je souligne.]

En d'autres termes, en cas d'allégation de voies de fait de nature sexuelle, les tribunaux concluront, en droit, que le défendeur a eu l'intention d'infliger un préjudice, dans le cadre de l'interprétation des clauses d'exclusion de la garantie de la police d'assurance visant l'infliction délibérée d'un préjudice.

39

This presumption of intent to harm does not depend on requiring the plaintiff to prove that the defendant knew or ought to have known that the plaintiff was not consenting to the sexual contact. Rather, the presumption flows from the allegation in the pleadings of battery of a sexual nature. American cases, like *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams*, 355 N.W.2d 421 (Minn. 1984), do not turn on the plaintiff's bearing the burden of showing the defendant either knew or ought to have known she did not consent. The logic is simply that either the act must have been consensual or not consensual. If it was not consensual, the policy does not apply because neither the insured nor the insurer contemplated coverage for non-consensual sexual activities. If it was consensual, then there is no battery and no claim for recovery. In either case, the policy does not apply. As stated in *Williams*, at p. 424:

Does the fact that Williams, the victim, was an adult distinguish this case? We think not. Neither the insured nor the insurer in entering into the insurance contract contemplated coverage against sexual claims arising out of non-consensual sexual assaults.

Cette présomption de l'intention d'infliger un préjudice ne dépend pas d'une exigence, imposée au demandeur, de prouver que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu'il ne consentait pas au contact sexuel. Elle découle plutôt de l'allégation, dans les actes de procédure, de voies de fait de nature sexuelle. Les affaires américaines, telles que *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, 355 N.W.2d 421 (Minn. 1984), ne portent pas sur la question de l'imposition au demandeur du fardeau de prouver que le défendeur savait, ou aurait dû savoir, qu'il n'était pas consentant. La logique de ces affaires est simple: l'acte était consensuel ou il ne l'était pas. Dans le cas où l'acte n'était pas consensuel, la police ne s'applique pas, car ni l'assuré, ni l'assureur n'envisageait une garantie à l'égard d'activités sexuelles non consensuelles. Dans le cas où l'acte était consensuel, on considère qu'il n'y a pas eu de voies de fait et, partant, qu'une action en dommages-intérêts ne peut être intentée. Dans l'un et l'autre cas, la police ne s'applique pas. Comme on le dit dans *Williams*, à la p. 424:

[TRADUCTION] Le fait que la victime, Williams, était un adulte établit-il une distinction en l'espèce? Nous ne le croyons pas. En concluant le contrat d'assurance, ni l'assuré ni l'assureur n'ont envisagé que la garantie s'applique à une poursuite pour agression sexuelle non consensuelle.

40

This reasoning applies equally to allegations of negligent sexual battery where the alleged negligence relates to the defendant's belief in the plaintiff's consent to sexual contact. For these reasons

Ce raisonnement s'applique également aux allégations de voies de fait de nature sexuelle imputables à la négligence, dans les cas où la prétendue négligence est liée à la croyance du défendeur que

I conclude that it is not necessary to place on the plaintiff the burden of proving the defendant's knowledge or constructive knowledge of the plaintiff's non-consent.

If this reasoning is correct, then placing the non-traditional burden of disproving consent or constructive consent on the plaintiff is neither a necessary nor a sufficient condition of concluding that the policy does not apply in cases like this. Regardless of how one views the matter of onus, the result will be the same.

G. *Negligent Battery*

It is unnecessary on this appeal to comment on the relationship between battery (traditionally thought of mainly as an intentional tort) and negligence. In this case, insofar as one could speak of negligent battery, it would be to recognize the defence of reasonable belief in consent to a suit based on an intentional act. As discussed, the law in these circumstances presumes an intention to injure, taking it out of the realm of pure negligence and bringing it within the ambit of the exclusion clause.

II. Conclusion

I conclude that there is no justification in cases of battery of a sexual nature for departing from the traditional rule that the plaintiff in a battery action must prove direct contact, at which point the onus shifts to the defendant to prove consent. To do so would be to place a burden upon plaintiffs in battery actions of a sexual nature which plaintiffs in other battery actions do not bear. I see neither the need nor the justification for doing this on the material before us in this case.

le demandeur consentait au contact sexuel. Pour ces motifs, je conclus qu'il n'est pas nécessaire d'imposer au demandeur le fardeau de prouver que le défendeur savait ou était présumé savoir qu'il ne donnait pas son consentement.

Si ce raisonnement est exact, imposer au demandeur le fardeau non traditionnel de réfuter le consentement ou le consentement présumé n'est une condition ni nécessaire, ni suffisante pour conclure que la police ne s'applique pas dans des cas comme en l'espèce. Peu importe la façon dont on considère la question du fardeau de la preuve, le résultat sera le même.

G. *Voies de fait imputables à la négligence*

Il n'est pas nécessaire dans le présent pourvoi de faire des remarques sur le lien entre les voies de fait (traditionnellement considérées surtout comme un délit intentionnel) et la négligence. En l'espèce, dans la mesure où on peut parler de voies de fait imputables à la négligence, ces remarques reviendraient à reconnaître que le moyen de défense de la croyance raisonnable au consentement peut être présenté contre une poursuite fondée sur un acte intentionnel. Comme je l'ai mentionné, le droit dans ces circonstances présume une intention d'infliger un préjudice, de sorte que le principe de la stricte négligence ne s'applique plus et que l'affaire relève du champ d'application de la clause d'exclusion.

II. Conclusion

Je conclus qu'aucune justification ne permet, dans les cas de voies de fait de nature sexuelle, de s'écarter de la règle traditionnelle voulant que dans le cadre d'une action pour voies de fait le demandeur doive prouver qu'il y a eu contact direct, après quoi il incombe au défendeur de prouver qu'il y a eu consentement. S'écarter de cette règle imposerait aux personnes qui intentent une action pour voies de fait de nature sexuelle une obligation que les personnes qui intentent des actions pour d'autres types de voies de fait n'auraient pas à remplir. À mon avis, une telle démarche n'est ni nécessaire ni justifiée, compte tenu des documents dont nous disposons dans la présente affaire.

41

42

43

44 This said, I agree fully with Iacobucci J. that the law will not permit a defendant in an action for sexual battery to say that though he might be found to have committed the battery, he did not intend any harm. This leaves the defendant with two alternatives discussed in *Williams, supra*. Either the plaintiff consented, in which case no action lies, or she did not consent and the defendant is deemed to have intended to injure her. In neither case does the policy provide coverage.

45 Like Iacobucci J., I would dismiss the appeal with costs.

The reasons of Iacobucci, Major and Bastarache JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction and Overview

46 This appeal raises the novel question of whether an insurance company has a duty to defend the holder of a homeowner's insurance policy against a civil sexual assault suit. In answering this question, we must also address the role of consent in an action for sexual assault.

47 It should be noted that this appeal was heard along with the appeal in *Sansalone v. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [2000] 1 S.C.R. 627, 2000 SCC 25, reasons in which are being released concurrently.

48 This appeal concerns the insurance implications of a series of allegedly non-consensual sexual touchings. For ease of reference, I will use the term "sexual assault" to refer in general to any allegation of non-consensual sexual touching. My use of the term "sexual assault" should not be taken to imply any specific legal ramifications. But for "sexual battery", by contrast, I will give a more specific definition in the course of these reasons.

Cela dit, je souscris entièrement à l'opinion du juge Iacobucci que la loi ne permet pas à un défendeur dans une action pour voies de fait de nature sexuelle de dire que, même si l'on déterminait qu'il a commis les voies de fait, il n'avait pas l'intention de causer un préjudice. En définitive, les deux solutions de rechange analysées dans l'arrêt *Williams*, précité, s'offrent au défendeur. Soit la demanderesse a donné son consentement, auquel cas l'action sera rejetée, soit elle n'a pas donné son consentement, et le défendeur est réputé avoir eu l'intention de lui causer un préjudice. La garantie de la police ne s'appliquera dans ni l'un ni l'autre cas.

À l'instar du juge Iacobucci, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et Bastarache rendus par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction et aperçu

Le présent pourvoi soulève la question nouvelle de savoir si l'assureur a l'obligation de défendre le titulaire d'une police d'assurance propriétaires occupants qui fait l'objet d'une poursuite civile pour agression sexuelle. Pour trancher la question, notre Cour doit également examiner le rôle du consentement sur l'issue d'une telle poursuite.

Il convient de signaler que le présent pourvoi a été entendu de pair avec celui introduit dans l'affaire *Sansalone c. Wawanese Mutual Insurance Co.*, [2000] 1 R.C.S. 627, 2000 CSC 25, dont les motifs sont déposés simultanément.

Le présent pourvoi porte sur les répercussions en matière d'assurance d'allégations de contacts sexuels non consentus. Pour faciliter l'analyse, j'emploie le terme «agression sexuelle» pour désigner de façon générale toute allégation de contact sexuel non consentu, et non pour suggérer quelque implication juridique possible. Par contre, en ce qui concerne les «voies de fait de nature sexuelle», je les définirai plus précisément dans les présents motifs.

An insurance company's duty to defend is related to its duty to indemnify. A homeowner's insurance policy entitles the holder to have the insurer indemnify any liability falling within the policy's terms. Since the insurance company will be paying these costs, it has also developed the right — now a duty — to conduct the defence of such claims. However, the duty to defend is not so great that it is presumed to be independent of the duty to indemnify. Absent express language to the contrary, the duty to defend extends only to claims that could potentially trigger indemnity under the policy. Therefore if an insurance policy, like the one in this case, excludes liability arising from intentionally caused injuries, there will be no duty to defend intentional torts.

Determining whether or not a given claim could trigger indemnity is a three-step process. First, a court should determine which of the plaintiff's legal allegations are properly pleaded. In doing so, courts are not bound by the legal labels chosen by the plaintiff. A plaintiff cannot change an intentional tort into a negligent one simply by choice of words, or vice versa. Therefore, when ascertaining the scope of the duty to defend, a court must look beyond the choice of labels, and examine the substance of the allegations contained in the pleadings. This does not involve deciding whether the claims have any merit; all a court must do is decide, based on the pleadings, the true nature of the claims.

At the second stage, having determined what claims are properly pleaded, the court should determine if any claims are entirely derivative in nature. The duty to defend will not be triggered simply because a claim can be cast in terms of both negligence and intentional tort. If the alleged negligence is based on the same harm as the inten-

L'obligation de l'assureur de défendre l'assuré est liée à son obligation de l'indemniser. Une police d'assurance propriétaires occupants donne à l'assuré le droit d'être indemnisé par l'assureur relativement à toute responsabilité visée par la garantie. Comme il sera appelé à payer ces frais, l'assureur a obtenu le droit — qui constitue désormais une obligation — d'opposer une défense dans de tels cas. Cependant, l'obligation de défendre n'a pas une portée à ce point étendue qu'il y ait lieu de présumer qu'elle est indépendante de l'obligation d'indemniser. À défaut d'une stipulation contraire expresse, l'obligation de défendre n'existe que dans les cas de poursuites susceptibles d'entraîner l'indemnisation en vertu du contrat d'assurance. Par conséquent, lorsque la police d'assurance exclut, comme c'est le cas en l'espèce, la responsabilité découlant d'un préjudice infligé intentionnellement, l'assureur n'a aucune obligation de défendre les délits civils intentionnels.

Trois étapes doivent être franchies pour déterminer si une demande en justice est susceptible d'entraîner l'indemnisation. Premièrement, le tribunal doit établir lesquelles des allégations juridiques de la partie demanderesse sont adéquatement formulées. Pour ce faire, il n'est pas lié par la terminologie juridique qu'emploie cette dernière. Un délit intentionnel ne peut devenir un délit de négligence, et vice versa, du seul fait des mots employés par la partie demanderesse. Pour confirmer l'étendue de l'obligation de défendre, le tribunal doit donc aller au-delà de la terminologie choisie et tenir compte de la substance des allégations contenues dans les actes de procédure. Il ne s'agit pas de se prononcer sur le bien-fondé des allégations, mais seulement d'en déterminer la nature véritable sur la base des actes de procédure.

Dans un deuxième temps, après avoir précisé quelles allégations sont adéquatement formulées, le tribunal doit vérifier si certaines d'entre elles sont entièrement de nature dérivée. Il ne saurait y avoir d'obligation de défendre simplement parce que l'allégation peut être formulée en fonction à la fois du délit de négligence et du délit intentionnel. Si la prétendue négligence découle des mêmes actes préjudiciables que le délit intentionnel, elle

tional tort, it will not allow the insured to avoid the exclusion clause for intentionally caused injuries.

52 Finally, at the third stage the court must decide whether any of the properly pleaded, non-derivative claims could potentially trigger the insurer's duty to defend. In this appeal, I conclude that the respondent has no duty to defend. The plaintiff has alleged three basic claims against the appellant: sexual battery, negligence, and breach of fiduciary duty.

53 To prove a claim for sexual battery, the plaintiff will have to establish that the defendant intentionally inflicted a harmful or offensive touching on her. In the context of sexual battery, "harmful or offensive" is equivalent to non-consensual. This test is objective: to establish sexual battery, the plaintiff must demonstrate that a reasonable person would have known that the plaintiff did not validly consent to sexual relations. To put it another way, the plaintiff will have to prove that the defendant should have known that she did not validly consent. It is important to note that, absent any evidence from the defendant, a simple allegation of non-consensual sex will suffice to meet this initial burden. If the plaintiff succeeds, then the defendant must also be presumed to have intended to injure the plaintiff, given the inherently harmful nature of non-consensual sexual activity. The same facts that prove the sexual battery also necessarily prove an intent to injure, and therefore the exclusion clause should apply. If, on the other hand, the plaintiff cannot establish non-consent, then the plaintiff's action would have no chance of success, there would be no possibility of a claim for indemnity, and the duty to defend would not arise.

54 The claims for negligence and breach of fiduciary duty fail to trigger the duty to defend not because they could not fall within coverage, but because they are either not properly pleaded, or derivative of the claim for sexual battery. As a

ne permettra pas à l'assuré d'éviter l'application de la clause d'exclusion du préjudice intentionnel.

Enfin, à la troisième étape, le tribunal doit déterminer si les allégations non dérivées qui sont adéquatement formulées sont susceptibles d'entraîner l'obligation de défendre de l'assureur. Aux fins du présent pourvoi, je conclus que l'intimé n'a aucune obligation de défendre l'assuré. Les trois principales allégations de la demanderesse contre l'appellant sont les voies de fait de nature sexuelle, la négligence et le manquement à l'obligation fiduciaire.

Pour prouver les voies de fait de nature sexuelle, la demanderesse devra établir que le défendeur lui a intentionnellement infligé des contacts sexuels préjudiciables ou nocifs. Dans le contexte des voies de fait de nature sexuelle, «préjudiciable ou nocif» s'entend de non consensuel. Le critère est objectif: pour prouver les voies de fait de nature sexuelle, la demanderesse doit démontrer qu'une personne raisonnable aurait su qu'elle n'a pas donné un consentement valable aux rapports sexuels. Autrement dit, elle doit prouver que le défendeur aurait dû savoir qu'elle ne donnait pas un consentement valable. Il est important de souligner que, en l'absence de preuve présentée par le défendeur, la simple allégation qu'il y a eu des rapports sexuels non consensuels suffira pour satisfaire à ce fardeau de preuve initial. Si la demanderesse réussit à faire cette preuve, le défendeur doit également être présumé avoir voulu lui infliger un préjudice étant donné le caractère intrinsèquement préjudiciable de l'activité sexuelle non consensuelle. Les faits qui fondent l'allégation de voies de fait de nature sexuelle prouvent nécessairement par ailleurs l'intention d'infliger un préjudice, de sorte que la clause d'exclusion s'applique. Si, par contre, la demanderesse ne peut établir l'absence de consentement, elle sera déboutée, aucune demande d'indemnisation ne pourra être présentée et il n'y aura pas d'obligation de défendre.

Les allégations de négligence et de manquement à l'obligation fiduciaire ne font pas naître l'obligation de défendre, non pas parce qu'elles ne sont pas visées par la garantie, mais bien parce qu'elles ne sont pas adéquatement formulées ou qu'elles

result, they are also covered by the exclusion for injuries intentionally caused.

As there are no properly pleaded claims that, even if successful, could potentially trigger indemnity, the respondent has no duty to defend, and I would therefore dismiss the appeal.

II. Facts

The underlying action in this appeal is based on a series of alleged sexual assaults committed against a young girl (“the plaintiff”), who was born in 1974 and was an adolescent at the time of the incidents in question. The plaintiff worked part-time at a grocery store owned and operated by her parents, located near the terminus of two B.C. Transit bus routes. In 1996, the plaintiff brought a civil action against five B.C. Transit bus drivers, including the appellant, alleging various sexual assaults between 1988 and 1992. The liability insurance policy owned by one of the bus drivers, Vincent Scalera, is at issue in this appeal.

The plaintiff’s statement of claim alleges that between 1986 and 1992, while on duty with B.C. Transit, the appellant regularly attended the store belonging to the plaintiff’s parents, and became acquainted with the plaintiff. She, in turn, regularly rode on buses driven by the appellant. The statement of claim further alleges as follows:

103. On one occasion between approximately January and June of 1991 Scalera committed various sexual acts upon [the plaintiff], including:

- (a) sexual kissing;
- (b) sexual touching of her neck, back, breasts, and genitals; and
- (c) fellatio

together (the “Scalera sexual acts”).

sont dérivées de l’allégation de voies de fait de nature sexuelle. Par conséquent, elles tombent également sous le coup de la clause d’exclusion du préjudice infligé intentionnellement.

Comme il n’existe pas d’allégations adéquatement formulées qui, même si elles étaient retenues, pourraient entraîner l’indemnisation de l’appelant, l’intimé n’est pas tenu de le défendre. Je suis donc d’avis de rejeter le pourvoi.

II. Les faits

La poursuite qui sous-tend le présent pourvoi s’appuie sur une série d’agressions sexuelles dont aurait été victime une jeune fille («la demanderesse»), née en 1974, qui était une adolescente au moment des incidents en question. La demanderesse travaillait à temps partiel à l’épicerie de ses parents située près d’un arrêt d’autobus de B.C. Transit desservant deux circuits. En 1996, elle a intenté une action au civil contre cinq conducteurs d’autobus de B.C. Transit, dont l’appelant, par suite de différentes agressions sexuelles qui auraient été perpétrées entre 1988 et 1992. La police d’assurance de la responsabilité civile détenue par l’un de ces conducteurs d’autobus, Vincent Scalera, est au cœur du présent pourvoi.

Dans sa déclaration, la demanderesse allègue que, entre 1986 et 1992, pendant l’exercice de ses fonctions à titre d’employé de B.C. Transit, l’appelant allait régulièrement au magasin de ses parents, où il a fait sa connaissance. Pour sa part, elle prenait régulièrement place à bord des autobus conduits par l’appelant. La déclaration renferme en outre les allégations suivantes:

[TRADUCTION]

103. Une fois, entre janvier et juin 1991 approximativement, Scalera s’est livré à divers actes sexuels avec [la demanderesse], dont les suivants:

- a) baiser à connotation sexuelle;
- b) contact à connotation sexuelle du cou, du dos, de la poitrine et des parties génitales;
- c) fellation

(collectivement, les «actes sexuels commis par Scalera»).

55

56

57

104. Scalera committed the Scalera sexual acts upon [the plaintiff] in various locations, including:

- (a) on buses owned by B.C. Transit; and
- (b) in his truck.

105. The Scalera sexual acts were committed upon [the plaintiff] by Scalera for a sexual purpose and/or without [the plaintiff]'s consent.

106. Scalera committed the Scalera sexual acts upon [the plaintiff] by coercion, manipulation, and abuse of power.

107. The Scalera sexual acts were sexual assaults and/or sexual exploitation and/or unlawful.

108. At all material times, Scalera was an adult and [the plaintiff] was an infant and/or a young person.

109. Scalera, by words or conduct, threatened that harm would come to [the plaintiff] if she disclosed the Scalera sexual acts to another person, intending to persuade [the plaintiff] to submit to the Scalera sexual acts.

110. Scalera, by words or conduct, knowingly, fraudulently, and deceitfully misrepresented the Scalera sexual acts committed by him upon [the plaintiff] as:

- (a) the prerogative of an adult;
- (b) consensual activity; and/or
- (c) a healthy, normal expression of his affection for her

together (the "Scalera Representations").

111. Scalera made the Scalera Representations intending to persuade [the plaintiff] to submit to the Scalera sexual acts.

112. The Scalera Representations were untrue.

113. [The plaintiff] relied on the Scalera Representations concerning the nature of the Scalera sexual acts and thereby submitted to the Scalera sexual acts.

114. [The plaintiff] relied on the Scalera Representations concerning the nature of the Scalera sexual acts and thereby failed to report Scalera's conduct to other adults.

115. Scalera knew or ought to have known that the Scalera sexual acts were unlawful and/or the Scalera Representations were untrue.

104. Les actes sexuels commis par Scalera ont eu lieu à divers endroits, notamment:

- a) à bord des autobus de B.C. Transit;
- b) dans son camion.

105. Scalera a commis les agressions sexuelles dans un but sexuel et sans le consentement de [la demanderesse].

106. Pour se livrer aux actes sexuels qu'il a commis, Scalera a eu recours à la contrainte, à la manipulation et à l'abus de pouvoir.

107. Les actes sexuels commis par Scalera équivalaient à des agressions sexuelles ou à de l'exploitation sexuelle, ou étaient par ailleurs illicites.

108. À tous les moments en cause, Scalera était un adulte et [la demanderesse] une mineure ou une jeune personne.

109. Par ses paroles ou par sa conduite, Scalera a menacé de faire du mal à [la demanderesse] si elle dénonçait à un tiers les actes sexuels qu'il a commis et ce, afin de l'amener s'y soumettre.

110. Par ses paroles ou par sa conduite, Scalera a sciemment, frauduleusement et trompeusement laissé entendre à [la demanderesse] que les actes sexuels qu'il a commis étaient:

- a) la prérogative d'un adulte,
- b) une activité consensuelle ou
- c) l'expression normale et saine de l'affection qu'il avait pour elle

(collectivement, les «affirmations faites par Scalera»).

111. Scalera a fait ses affirmations afin d'amener [la demanderesse] à se soumettre aux actes sexuels.

112. Les affirmations faites par Scalera étaient fausses.

113. [La demanderesse] s'est fiée aux affirmations faites par Scalera concernant la nature des actes sexuels et s'est donc soumise à sa volonté.

114. [La demanderesse] s'est fiée aux affirmations faites par Scalera concernant la nature des actes sexuels et a donc omis de dénoncer sa conduite à d'autres adultes.

115. Scalera savait ou aurait dû savoir que les actes sexuels qu'il a commis étaient illicites ou que ses affirmations étaient fausses.

116. Scalera knew or ought to have known that [the plaintiff] was an infant and/or a young person.

117. Scalera knew or ought to have known that [the plaintiff] did not consent to the Scalera sexual acts.

118. Scalera owed a duty of care to [the plaintiff], which duty of care arose from the relationship of authority and trust between himself as an adult and/or bus driver and [the plaintiff] as an infant and/or young person and/or bus passenger, and Scalera breached this duty of care.

119. Scalera owed a fiduciary duty to [the plaintiff], which fiduciary duty arose from the relationship of authority and trust between himself as an adult and/or bus driver and [the plaintiff] as an infant and/or young person and/or bus passenger, and Scalera breached this fiduciary duty.

120. Scalera committed the Scalera sexual acts willfully and without lawful justification.

121. The Scalera sexual acts were committed intentionally and/or with reckless disregard as to their effect on [the plaintiff].

122. By reason of Scalera's actions in committing the Scalera sexual acts [the plaintiff] has suffered nervous shock and sustained severe personal injuries, particulars of which are set out in paragraph 127 below.

. . .

128. As a result of the aforesaid sexual assaults, sexual exploitation, intentional infliction of nervous shock, misrepresentations, negligence, breaches of duty, and breaches of fiduciary duty committed by . . . Scalera, and/or B.C. Transit [the plaintiff] has suffered a loss of income and a loss of ability to earn income in the future.

129. As a result of the aforesaid sexual assaults, sexual exploitation, intentional infliction of nervous shock, misrepresentations, negligence, breaches of duty, and breaches of fiduciary duty committed by . . . Scalera, and/or B.C. Transit [the plaintiff] has and/or will continue to incur expenses, including obtaining proper psychiatric and psychological counselling and treatment which will be required on both an ongoing and crisis basis.

116. Scalera savait ou aurait dû savoir que [la demanderesse] était une mineure ou une jeune personne.

117. Scalera savait ou aurait dû savoir que [la demanderesse] ne consentait pas aux actes sexuels.

118. Scalera avait envers [la demanderesse] une obligation de diligence qui découlait du rapport d'autorité et de confiance existant entre lui, en tant qu'adulte ou conducteur d'autobus et [la demanderesse], en tant que mineure ou jeune personne, ou encore, à titre de passagère, et Scalera a manqué à cette obligation de diligence.

119. Scalera avait envers [la demanderesse] une obligation fiduciaire qui découlait du rapport d'autorité et de confiance existant entre lui, en tant qu'adulte ou conducteur d'autobus et [la demanderesse], en tant que mineure ou jeune personne, ou encore, à titre de passagère, et Scalera a manqué à cette obligation fiduciaire.

120. Scalera s'est livré délibérément et sans justification légitime aux actes sexuels qu'il a commis.

121. Scalera s'est livré de manière intentionnelle aux actes sexuels qu'il a commis ou avec insouciance quant à leurs effets sur [la demanderesse].

122. À cause de la conduite de Scalera pendant les actes sexuels qu'il a commis, [la demanderesse] a subi un choc nerveux et un grave préjudice personnel, dont le détail figure au paragraphe 127 ci-après.

. . .

128. En raison des agressions sexuelles, de l'exploitation sexuelle, de l'infliction délibérée d'un choc nerveux, des déclarations inexactes, de la négligence, des manquements aux obligations et des manquements à l'obligation fiduciaire, qui sont susmentionnés et imputables [. . .] à Scalera, ou à B.C. Transit, ou aux deux, [la demanderesse] a subi un manque à gagner et une perte de la capacité de toucher ultérieurement un revenu.

129. En raison des agressions sexuelles, de l'exploitation sexuelle, de l'infliction délibérée d'un choc nerveux, des déclarations inexactes, de la négligence, des manquements aux obligations et des manquements à l'obligation fiduciaire, qui sont susmentionnés et imputables à [. . .] Scalera, ou à B.C. Transit, ou aux deux, [la demanderesse] a engagé ou continuera d'engager des dépenses, notamment pour l'obtention des soins psychiatriques et psychologiques appropriés qui s'avèreront nécessaires de façon tant ponctuelle que permanente.

58

In response to a demand for particulars, counsel for the plaintiff stated that the coercion, manipulation, and abuse of power alleged in para. 106 of the statement of claim consisted of:

- (a) pressure to engage in the sexual acts as a result of Scalera's position as an adult and [the plaintiff]'s position as an infant and/or young person;
- (b) pressure to engage in the sexual acts in order to demonstrate affection to Scalera;
- (c) pressure to engage in the sexual acts in order to secure and/or maintain Scalera's alleged affection and/or friendship;
- (d) pressure to engage in the sexual acts in order to overcome personal loneliness and/or insecurity;
- (e) pressure to engage in the sexual acts in order to demonstrate maturity.

59

The appellant owned a homeowner's insurance policy issued by the respondent. The relevant provisions of that policy are as follows:

SECTION TWO — PERSONAL LIABILITY INSURANCE

. . .

This insurance applies only to accidents or occurrences which take place during the period of insurance indicated on the Declarations.

. . .

We will pay all sums which you become legally liable to pay as compensatory damage because of bodily injury or property damage.

. . .

You are insured for claims made against you arising from:

En réponse à une demande de précisions, l'avocat de la demanderesse a indiqué que la contrainte, la manipulation et l'abus de pouvoir allégués au para. 106 de la déclaration consistaient en ce qui suit:

[TRADUCTION]

- a) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels du fait que Scalera était un adulte et [la demanderesse] une mineure ou une jeune personne;
- b) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels et témoigne ainsi son affection à Scalera;
- c) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels et obtienne ou conserve ainsi la prétendue affection ou amitié de Scalera;
- d) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels et surmonte ainsi sa solitude ou son insécurité personnelles;
- e) l'exercice de pressions pour que [la demanderesse] se soumette aux actes sexuels et fasse ainsi la preuve de sa maturité.

L'appelant était titulaire d'une police d'assurance propriétaires occupants établie par l'intimé, dont voici les clauses pertinentes:

[TRADUCTION]

ARTICLE DEUX — ASSURANCE DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES PARTICULIERS

. . .

La présente police d'assurance ne s'applique qu'aux accidents et aux sinistres qui surviennent pendant la période de validité indiquée dans les Conditions particulières.

. . .

L'assureur versera toute somme que l'assuré est légalement tenu de payer à titre de dommages-intérêts compensatoires par suite de l'infliction d'un préjudice corporel ou matériel.

. . .

L'assurance s'applique à toute demande visant l'assuré et portant sur ce qui suit:

1. Personal Liability — legal liability arising out of your personal actions anywhere in the world.

We will defend, by counsel of our choice, any suit against you alleging bodily injury or property damage and seeking compensatory damages, even if it is groundless, false or fraudulent. We reserve the right to investigate, negotiate and settle any claim or suit if we decide this is appropriate.

GENERAL EXCLUSIONS APPLICABLE TO THIS SECTION TWO

You are not insured for claims arising from:

- (5) bodily injury or property damage caused by any intentional or criminal act or failure to act by:
- (a) any person insured by this document . . .

The respondent sought a declaration that it not be required to defend the appellant against the plaintiff's claims. Humphries J. dismissed the respondent's petition, but the Court of Appeal allowed the appeal.

III. Judicial Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 47 B.C.L.R. (3d) 187

Humphries J. interpreted the insurance policy's exclusion such that only intentional acts, but not intentional injuries, trigger exclusion. However, she believed that the relevant act underlying the plaintiff's claim must be sexual assault, not merely sexual contact, for it to fall within the exclusion. Relying on *Co-operative Fire & Casualty Co. v. Saindon*, [1976] 1 S.C.R. 735, she found at para. 23 that "[i]f the allegations in the Statement of Claim include a possible claim in negligence against [the appellant], and if such a plea is a legitimate one made in good faith, [the respondent]

1. Responsabilité civile des particuliers — La responsabilité légale découlant des actes de l'assuré n'importe où dans le monde.

Par l'entremise de l'avocat de son choix, l'assureur présentera une défense dans le cadre de toute poursuite intentée contre l'assuré pour la réparation d'un préjudice corporel ou matériel et l'obtention de dommages-intérêts compensatoires, même si elle est sans fondement, fallacieuse ou frauduleuse. L'assureur se réserve le droit de faire enquête, de négocier et de convenir d'un règlement s'il le juge opportun.

EXCLUSIONS GÉNÉRALES APPLICABLES AU PRÉSENT ARTICLE DEUX

L'assurance ne s'applique pas aux demandes découlant de ce qui suit:

- (5) le préjudice corporel ou matériel infligé par l'action ou l'omission intentionnelles ou criminelles:
- a) d'une personne assurée suivant le présent document . . .

L'intimé a demandé un jugement déclaratoire selon lequel il n'est pas tenu de défendre l'appelant contre les allégations formulées par la demanderesse. Le juge Humphries a rejeté la requête mais l'intimé a eu gain de cause devant la Cour d'appel.

III. Les décisions judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 47 B.C.L.R. (3d) 187

Le juge Humphries a conclu que seul l'accomplissement d'un acte intentionnel, et non l'infliction délibérée d'un préjudice, entraînait l'application de la clause d'exclusion prévue dans la police d'assurance. Elle a cependant exprimé l'avis que, pour que l'exclusion s'applique, l'acte sous-tendant la poursuite de la demanderesse devait être l'agression sexuelle, et non simplement un contact sexuel. Se fondant sur l'arrêt *Co-operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, [1976] 1 R.C.S. 735, elle a affirmé, au par. 23, que [TRADUCTION] «[s]i la déclaration renferme une allégation éventuelle de

60

61

cannot rely on the exclusion clause because injury or damage caused by a negligent act falls outside it". Since it was possible that the appellant had intended only sexual contact, but was simply negligent regarding sexual assault, there was a duty to defend.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 143

(i) Hollinrake J.A., Proudfoot J.A. concurring

62

The appeals of the respondent and Wawanesa Mutual Insurance Co., respondent in the companion appeal, *Sansalone*, were consolidated at the Court of Appeal. Having accepted *Saindon* as the leading case on point, Hollinrake J.A. turned to the specific issues raised by the *Scalera* appeal. He concluded that the exclusion clause in question barred claims based on intentional acts. Since most tort claims allege negligence and not intent to injure, excluding intentional acts from coverage was "in keeping with coverage historically provided by policies insuring against liability imposed by law caused by accident" (para. 91). It was also consistent with the reasonable expectations of the parties.

63

Hollinrake J.A. found that the claim advanced sounded in intentional tort, and saw no reason to require the respondent to prove the intent to injure. The appellant's act was clearly intentional and was within the exclusion clause, so there was no possibility of coverage. Any claims based on the power-dependency relationship between the plaintiff and the appellant also fell within the exclusion, as it had in *Sansalone*. Finally, Hollinrake J.A. disagreed with Finch J.A. as to the meaning of the duty to defend clause. He concluded that, in order for there to be a duty to defend, there had to be at least a possibility of coverage. Since he had

négligence contre [l'appelant] et qu'il s'agit d'une allégation légitime et formulée de bonne foi, [l'intimé] ne peut invoquer la clause d'exclusion parce qu'elle ne s'applique pas au préjudice ou aux dommages causés par négligence». Étant donné qu'il était possible que l'appelant ait eu l'intention de n'avoir que des contacts sexuels, mais qu'il ait simplement fait preuve de négligence en ce qui concerne l'agression sexuelle, l'assureur avait l'obligation de défendre.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 143

(i) Le juge Hollinrake (avec l'appui du juge Proudfoot)

Les appels interjetés par l'intimé et par Wawanesa Mutual Insurance Co., intimée dans le pourvoi connexe *Sansalone*, ont été réunis à la Cour d'appel. Ayant accepté l'arrêt *Saindon* comme l'arrêt de principe dans cette affaire, le juge Hollinrake a analysé les principales questions en litige en l'espèce. Il a affirmé que la clause d'exclusion en question rendait irrecevables les allégations fondées sur des actes intentionnels. Comme la plupart des poursuites en responsabilité civile délictuelle allèguent la négligence et non l'intention d'infliger un préjudice, l'exclusion des actes intentionnels de la garantie était [TRADUCTION] «conforme à la garantie fournie de tout temps par les polices d'assurance visant la responsabilité imposée par la loi à la suite d'un accident» (par. 91). Elle était également conforme aux attentes raisonnables des parties.

Selon le juge Hollinrake, la poursuite intentée participait du délit intentionnel et il ne voyait aucune raison d'exiger de l'intimé qu'il prouve l'intention d'infliger un préjudice. L'appelant a manifestement accompli un acte intentionnel, qui relevait de l'application de la clause d'exclusion, de sorte qu'il n'y avait aucune possibilité que la garantie s'applique. La clause d'exclusion s'appliquait également à toute demande fondée sur le rapport de force et de dépendance qui existait entre la demanderesse et l'appelant, tout comme dans l'affaire *Sansalone*. Enfin, le juge Hollinrake n'était pas d'accord avec le juge Finch quant à la signifi-

already determined that there was no possibility of coverage, he allowed the appeal.

(ii) Finch J.A., dissenting

Finch J.A. concluded that in spite of the exclusion clause's language referring only to intentional acts, it must be read to exclude liability only for injury or damage caused intentionally. To do otherwise would exclude the vast majority of all claims, since most accidents or occurrences can be traced back to an intentional act. Finch J.A. did not read the pleadings as alleging an intention on the part of the appellant to cause the plaintiff injury. He therefore concluded that the duty to defend should apply.

Moreover, Finch J.A. held that under the wording of the appellant's policy, the duty to defend was not linked to the duty to indemnify. As a result, the respondent was obliged to defend any claim for bodily injury causing compensable damages, regardless of whether that claim could also trigger indemnity.

IV. Issues

This appeal raises four issues.

1. Is the duty to defend in the appellant's insurance policy linked to the duty to indemnify?
2. Do the intentional act exclusion clauses in the appellant's insurance policy operate to relieve the respondent's duty in this case?
3. Was there an "accident" or "occurrence" that is sufficient to trigger coverage?
4. Does s. 28 of the British Columbia *Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, c. 226, absolve the respondent of any duty to defend the appellant?

cation de la clause relative à l'obligation de défendre. À son avis, pour qu'il y ait obligation de défendre, il devait y avoir à tout le moins une possibilité d'application de la garantie. Comme il avait déterminé que cette possibilité n'existait pas, il a accueilli l'appel.

(ii) Le juge Finch, dissident

Le juge Finch a d'abord dit que, malgré son libellé qui ne fait mention que d'actes intentionnels, la clause d'exclusion devait être interprétée comme n'excluant que la responsabilité pour l'infliction délibérée d'un préjudice ou de dommages. Sinon, la très grande majorité des demandes d'indemnisation serait écartée puisque la plupart des accidents ou des sinistres découlent d'un acte intentionnel. Selon l'interprétation qu'en a faite le juge Finch, les actes de procédures n'alléguaient pas que l'appelant avait eu l'intention de d'infliger un préjudice à la demanderesse. Il a donc conclu que l'obligation de défendre s'appliquait.

Par ailleurs, le juge Finch a affirmé que, suivant le libellé de la police d'assurance de l'appelant, l'obligation de défendre n'était pas liée à l'obligation d'indemniser. Par conséquent, l'intimé devait assurer une défense relativement à toute allégation de préjudice corporel causant un préjudice compensable, indépendamment du fait que l'allégation puisse ou non entraîner également l'indemnisation.

IV. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève quatre questions.

1. Suivant la police d'assurance détenue par l'appelant, l'obligation de défendre est-elle liée à l'obligation d'indemniser?
2. Les clauses d'exclusion stipulées dans la police d'assurance relativement à l'acte intentionnel s'appliquent-elles de façon à soustraire l'intimé à son obligation?
3. Y a-t-il eu «accident» ou «sinistre» de nature à déclencher l'application de la garantie?
4. L'article 28 de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C., ch. 226, décharge-t-il l'intimé de son obligation d'assurer la défense de l'appelant?

64

65

66

Because of my disposition of the first two issues, I find it unnecessary to address the latter two in this appeal.

V. Analysis

A. *General Principles of Insurance Contract Interpretation*

67 To begin with, I should like to discuss briefly several principles that are relevant to the interpretation of the insurance policy in question. While these principles are merely interpretive aids that cannot decide any issues by themselves, they are nonetheless helpful when interpreting provisions of an insurance contract.

(i) The General Purpose of Insurance

68 It is important to keep in mind the underlying economic rationale for insurance. C. Brown and J. Menezes, *Insurance Law in Canada* (2nd ed. 1991), state this point well at pp. 125-26:

Insurance is a mechanism for transferring fortuitous contingent risks. Losses that are neither fortuitous nor contingent cannot economically be transferred because the premium would have to be greater than the value of the subject matter in order to provide for marketing and adjusting costs and a profit for the insurer. It follows, therefore, that even where the literal working of a policy might appear to cover certain losses, it does not, in fact, do so if (1) the loss is from the inherent nature of the subject matter being insured, or (2) it results from the intentional actions of the insured.

69 In other words, insurance usually makes economic sense only where the losses covered are unforeseen or accidental: "The assumptions on which insurance is based are undermined if successful claims arise out of loss which is not fortuitous" (C. Brown, *Insurance Law in Canada* (3rd ed. 1997), at p. 4). This economic rationale takes on a public policy flavour where, as here, the acts for which the insured is seeking coverage are socially harmful. It may be undesirable to encourage people to injure others intentionally by indemnifying them from the civil consequences. On the other hand, denying coverage has the unde-

Vu ma décision concernant les deux premières questions en litige, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les deux autres dans le cadre du présent pourvoi.

V. Analyse

A. *Principes généraux d'interprétation des contrats d'assurance*

Tout d'abord, j'aimerais examiner brièvement certains principes applicables à l'interprétation de la police d'assurance en cause. Même si ces principes ne constituent que des outils d'interprétation et ne peuvent en soi trancher les questions en litige, ils sont néanmoins utiles pour interpréter les clauses d'un contrat d'assurance.

(i) L'objet général de l'assurance

Il importe de rappeler la raison d'être de l'assurance sur le plan financier. C. Brown et J. Menezes, dans *Insurance Law in Canada* (2^e éd. 1991), le précisent bien aux pp. 125 et 126:

[TRADUCTION] L'assurance est un mécanisme de transfert du risque fortuit éventuel. Les sinistres qui ne sont ni fortuits ni éventuels ne peuvent être financièrement transférés parce qu'il faudrait que la prime soit supérieure à la valeur de l'objet pour couvrir les frais de marketing et de règlement et permettre à l'assureur de réaliser un profit. Par conséquent, même lorsque, suivant le libellé de la police, la garantie semble s'appliquer à certains sinistres, ce n'est pas le cas dans les faits (1) si le sinistre est inhérent à la nature de l'objet de l'assurance ou (2) s'il résulte d'actes délibérés de l'assuré.

En d'autres termes, l'assurance n'est généralement justifiée sur le plan financier que lorsque les sinistres garantis sont imprévus ou fortuits: [TRADUCTION] «La raison d'être du contrat d'assurance est sapée s'il est fait droit à une demande d'indemnisation relativement à un sinistre qui n'est pas fortuit» (C. Brown, *Insurance Law in Canada* (3^e éd. 1997), à la p. 4). À la raison d'être financière s'ajoute l'intérêt de la collectivité lorsque, comme en l'espèce, les actes pour lesquels l'assuré demande une indemnité sont préjudiciables à la société. Il n'est pas souhaitable d'encourager les gens à infliger intentionnellement un préjudice à

sirable effect of precluding recovery against a judgment-proof defendant, thus perhaps discouraging sexual assault victims from bringing claims. See B. Feldthusen, "The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?" (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 203, at p. 233.

(ii) Contra Proferentem

Since insurance contracts are essentially adhesive, the standard practice is to construe ambiguities against the insurer: *Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 S.C.R. 87, at p. 92; *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (C.A.), per Cory J.A. A corollary of this principle is that "coverage provisions should be construed broadly and exclusion clauses narrowly": *Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 S.C.R. 252, at p. 269; *Indemnity Insurance Co. of North America v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169, at pp. 179-80, per Estey J. Therefore one must always be alert to the unequal bargaining power at work in insurance contracts, and interpret such policies accordingly.

(iii) Reasonable Expectations

Where a contract is unambiguous, a court should give effect to the clear language, reading the contract as a whole: *Brissette Estate, supra*, at p. 92; *Parsons v. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 S.C.R. 233. Where there is ambiguity, this Court has noted "the desirability . . . of giving effect to the reasonable expectations of the parties": *Reid Crowther, supra*, at p. 269 (citing Brown and Menezes, *supra*, at pp. 123-31, and *Brissette Estate, supra*). See also *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445, at p. 1467; *Wigle, supra*. Estey J. stated the point succinctly in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual*

autrui en les indemnisant des conséquences civiles de leurs actes. Par contre, le refus de garantie a la conséquence non souhaitable d'empêcher l'obtention de dommages-intérêts d'un défendeur dès lors insolvable, ce qui pourrait dissuader les victimes d'agressions sexuelles d'intenter des poursuites. Voir B. Feldthusen, «The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 203, à la p. 233.

(ii) Contra Proferentem

Comme le contrat d'assurance est essentiellement un contrat d'adhésion, il est courant d'interpréter les ambiguïtés contre l'assureur: *Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.*, [1992] 3 R.C.S. 87, à la p. 92; *Wigle c. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 (C.A.), le juge Cory. Le corollaire de ce principe est que «les dispositions concernant la garantie doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion une interprétation restrictive»: *Reid Crowther & Partners Ltd. c. Simcoe & Erie General Insurance Co.*, [1993] 1 R.C.S. 252, à la p. 269; *Indemnity Insurance Co. of North America c. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169, aux pp. 179 et 180, le juge Estey. Il faut donc toujours être vigilant face au déséquilibre du rapport de force entre les parties à un contrat d'assurance et en interpréter les clauses en conséquence.

(iii) Attentes raisonnables

Quand un contrat n'est pas ambigu, le tribunal doit l'interpréter en le considérant dans son ensemble et en donnant effet au libellé non équivoque: *Brissette, Succession*, précité, à la p. 92; *Parsons c. Standard Fire Insurance Co.* (1880), 5 R.C.S. 233. En cas d'ambiguïté, notre Cour a signalé «qu'il est souhaitable [. . .] de donner effet aux attentes raisonnables des parties»: *Reid Crowther*, précité, à la p. 269 (citant Brown et Menezes, *op. cit.*, aux pp. 123 à 131, et *Brissette, Succession*, précité). Voir également *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, à la p. 1467, et *Wigle*, précité. Le juge Estey a énoncé le principe succinctement dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and*

Boiler and Machinery Insurance Co., [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 901-2:

[L]iteral meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. Where words may bear two constructions, the more reasonable one, that which produces a fair result, must certainly be taken as the interpretation which would promote the intention of the parties. Similarly, an interpretation which defeats the intentions of the parties and their objective in entering into the commercial transaction in the first place should be discarded in favour of an interpretation of the policy which promotes a sensible commercial result. . . . Said another way, the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract.

This court recently re-stated the importance of commercial reality, in another context, in *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 62.

72 With these principles in mind, I now wish to discuss the principal issues in this appeal.

B. The Scope of the Insurer's Duty to Defend

(i) The Linkage Between the Duties to Indemnify and to Defend

73 The appellant's first argument is that the duty to defend is independent of the duty to indemnify. The relevant clause in the appellant's policy states: "We will defend, by counsel of our choice, any suit against you alleging bodily injury or property damage and seeking compensatory damages, even if it is groundless, false or fraudulent." The appellant argues, and Finch J.A. agreed in dissent at the Court of Appeal, that this requires not a potentially

Machinery Insurance Co., [1980] 1 R.C.S. 888, aux pp. 901 et 902:

. . . on ne doit pas utiliser le sens littéral lorsque cela entraînerait un résultat irréaliste ou qui ne serait pas envisagé dans le climat commercial dans lequel l'assurance a été contractée. Lorsque des mots sont susceptibles de deux interprétations, la plus raisonnable, celle qui assure un résultat équitable, doit certainement être choisie comme l'interprétation qui traduit l'intention des parties. De même, une interprétation qui va à l'encontre des intentions des parties et du but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale doit être écartée en faveur d'une interprétation de la police qui favorise un résultat commercial raisonnable. [. . .] En d'autres mots, les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat.

Notre Cour a récemment confirmé l'importance de la réalité commerciale, dans un autre contexte, dans l'arrêt *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, au par. 62.

Compte tenu de ces principes, j'analyse maintenant les principales questions en litige dans le présent pourvoi.

B. L'étendue de l'obligation de défendre de l'assureur

(i) Le lien entre l'obligation d'indemniser et l'obligation de défendre

Le premier argument invoqué par l'appelant est que l'obligation de défendre est indépendante de l'obligation d'indemniser. La clause pertinente de la police d'assurance dit ce qui suit: «Par l'entremise de l'avocat de son choix, l'assureur présentera une défense dans le cadre de toute poursuite intentée contre l'assuré pour la réparation d'un préjudice corporel ou matériel et l'obtention de dommages-intérêts compensatoires, même si elle est sans fondement, fallacieuse ou frauduleuse.» L'appelant fait valoir, à l'instar du juge Finch, dissident en Cour d'appel, que l'application de cette clause n'exige pas l'existence d'une allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation de l'assuré,

indemnifiable claim, but only a claim alleging bodily injury and seeking compensatory damages.

With respect, I cannot agree. McLachlin J. addressed this question in *Nichols v. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 S.C.R. 801. The policy in that appeal specifically limited the duty to defend to suits “seeking damages which are or may be payable under the terms of this Policy” (p. 805), and so there was obviously no independent duty to defend under that particular policy. However, McLachlin J. went on, at pp. 810-11, to set out general principles governing the duty to defend, regardless of whether there is express language or not:

Thus far, I have proceeded only by reference to the actual wording of the policy. However, general principles relating to the construction of insurance contracts support the conclusion that the duty to defend arises only where the pleadings raise claims which would be payable under the agreement to indemnify in the insurance contract. Courts have frequently stated that “[t]he pleadings govern the duty to defend”: *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (B.C.S.C.), at p. 99. Where it is clear from the pleadings that the suit falls outside of the coverage of the policy by reason of an exclusion clause, the duty to defend has been held not to arise: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (N.B.C.A.), leave to appeal refused by this Court, [1987] 1 S.C.R. xi.

At the same time, it is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order to trigger the duty to defend. The mere possibility that a claim within the policy may succeed suffices. In this sense, as noted earlier, the duty to defend is broader than the duty to indemnify.

Other Canadian authority overwhelmingly supports the view that normally the duty to defend arises only with respect to claims which, if proven, would fall

mais seulement celle d’une allégation de préjudice corporel doublée d’une demande de dommages-intérêts compensatoires.

En toute déférence, je ne puis être d’accord. Le juge McLachlin a abordé la question dans l’arrêt *Nichols c. American Home Assurance Co.*, [1990] 1 R.C.S. 801. Dans cette affaire, la police d’assurance prévoyait expressément que l’obligation de défendre ne s’appliquait qu’aux poursuites où le demandeur «réclame des dommages-intérêts qui sont ou peuvent être payables en vertu des conditions de la présente police» (p. 805), de sorte qu’il n’existait manifestement pas d’obligation indépendante de défendre l’assuré suivant ce contrat en particulier. Cependant, le juge McLachlin a énoncé, aux pp. 810 et 811, les principes généraux régissant l’obligation de défendre, indépendamment de l’existence ou de l’inexistence d’un libellé exprès:

Jusqu’ici, je m’en suis tenue à la formulation même de la police. Cependant, les principes généraux applicables à l’interprétation des contrats d’assurance étaient la conclusion que l’obligation de défendre n’existe que lorsque les actes de procédure portent sur des réclamations qui seraient payables en vertu de la clause d’indemnisation du contrat d’assurance. Les tribunaux ont souvent affirmé que [TRADUCTION] «[l]es actes de procédure régissent l’obligation de défendre»: *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (C.S.C.-B.), à la p. 99. On a conclu que l’obligation de défendre n’existe pas lorsqu’il ressort clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la portée de la police en raison d’une clause d’exclusion: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (C.A.N.-B.), autorisation de pourvoi refusée par notre Cour, [1987] 1 R.C.S. xi.

En même temps, il n’est pas nécessaire d’établir qu’il y aura effectivement obligation d’indemniser pour déclencher l’obligation de défendre. La seule possibilité qu’une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. En ce sens, comme je l’ai déjà souligné, l’obligation de défendre a une portée plus large que l’obligation d’indemniser.

La très grande majorité des arrêts canadiens confirment l’opinion qu’en temps normal l’obligation de défendre n’intervient qu’à l’égard des réclamations qui,

within the scope of coverage provided by the policy. . . .

The same view generally prevails in the United States. . . .

75

McLachlin J. also provided two policy reasons in support of this conclusion, and in so doing refuted the contrary arguments made in the American case *Conner v. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (Okla. 1972). First, the insurer would have to pay defence costs for claims outside the policy's scope. This raised "policy questions of whether others in the insurance pool should be taxed with providing defences for matters outside the purview of the policy": *Nichols, supra*, at pp. 811-12. Second, an independent duty to defend raises conflict of interest problems. If the insurer is defending claims for which it owes no duty to indemnify, there is a strong incentive simply to settle the claim as quickly as possible. At the very least, the insurer has an incentive to try to prove only that the insured is liable for claims falling outside coverage. There would be little incentive to establish that the insured was entirely without blame. McLachlin J. therefore concluded, at p. 812, that

considerations relat[ing] to insurance law and practice, as well as the authorities, overwhelmingly support the view that the duty to defend should, unless the contract of insurance indicates otherwise, be confined to the defence of claims which may be argued to fall under the policy. That said, the widest latitude should be given to the allegations in the pleadings in determining whether they raise a claim within the policy.

76

While this is *obiter dictum*, I find McLachlin J.'s arguments compelling. Absent specific language to the contrary, the duty to defend is broader than the duty to indemnify only in so far as it extends to groundless, false, or fraudulent claims. Given the historical evolution of the duty

si elles sont prouvées, relèveraient de la couverture de la police . . .

Le même point de vue l'emporte généralement aux États-Unis . . .

Le juge McLachlin a également invoqué deux considérations de principe à l'appui de sa conclusion et, ce faisant, elle a réfuté les arguments contraires avancés dans la décision américaine *Conner c. Transamerica Insurance Co.*, 496 P.2d 770 (Okla. 1972). Premièrement, l'assureur serait tenu d'assumer les frais judiciaires du défendeur relativement à une demande d'indemnisation qui échappe à l'application de la police. Cela soulevait «des questions de principe quant à savoir si d'autres assurés devraient se voir assujettis à défrayer des défenses contre des réclamations qui ne relèvent pas de la police»: *Nichols*, précité, à la p. 812. Deuxièmement, l'existence d'une obligation de défendre indépendante soulève l'éventualité de conflits d'intérêts. S'il devait défendre l'assuré relativement à une poursuite pour laquelle il n'a aucune obligation de l'indemniser, l'assureur serait très enclin à régler tout simplement l'affaire le plus rapidement possible. À tout le moins, l'assureur aurait intérêt à tenter de prouver seulement que l'assuré est responsable d'un préjudice qui échappe à l'application de la garantie. L'assureur n'aurait pas vraiment intérêt à prouver l'absence de toute responsabilité de l'assuré. Le juge McLachlin a donc conclu à la p. 812:

. . . que les considérations relatives au droit et à la pratique en matière d'assurance, ainsi que la doctrine et la jurisprudence, appuient en très grande majorité l'opinion que l'obligation de défendre ne devrait s'appliquer que lorsque l'on peut prétendre que les réclamations relèvent de la police, sous réserve de stipulations contraires dans le contrat d'assurance. Cela étant dit, il faut accorder la portée la plus large possible aux allégations contenues dans les actes de procédure pour déterminer si elles constituent une réclamation qui relève de la police.

Bien qu'il s'agisse d'une opinion incidente, je trouve les arguments du juge McLachlin convaincants. Sauf s'il existe une clause contraire expresse, l'obligation de défendre a une portée plus étendue que l'obligation d'indemniser dans la seule mesure où elle s'applique aux demandes sans

to defend as a way for insurers to protect their interests when they will be forced to pay any resulting judgment (see J. M. Fischer, "Broadening the Insurer's Duty to Defend: How *Gray v. Zurich Insurance Co.* Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance" (1991), 25 *U.C. Davis L. Rev.* 141, at pp. 146-57; E. S. Pryor, "The Tort Liability Regime and the Duty to Defend" (1999), 58 *Md. L. Rev.* 1), it makes little sense to presume an independent duty to defend absent express language: see B. Vail, "'My Mistake, Your Problem': The Duty to Defend Liability Claims in Canada" (1996), 6 *C.I.L.R.* 201, at p. 207, and Fischer, *supra*. To hold otherwise would convert indemnity insurance into litigation insurance. In my opinion, such an interpretation would violate the reasonable expectations of the parties absent express language to that effect.

Although prior to *Nichols*, Canadian courts were split on the issue, since *Nichols* courts have followed the dictum from that case. See *Modern Livestock Ltd. v. Kansa General Insurance Co.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 355 (Q.B.); *B.P. Canada Inc. v. Comco Service Station Construction & Maintenance Ltd.* (1990), 73 O.R. (2d) 317 (H.C.), and *Kates v. Hall*, [1990] 5 W.W.R. 569 (B.C.S.C.).

This conclusion is consistent with the majority of American courts, which have concluded that the "duty to defend arises when the underlying complaint alleges any facts that might fall within the coverage of the policy": *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (Colo. Ct. App. 1997), at p. 912. See also, e.g., *Aerojet-General Corp. v. Transport Indemnity Co.*, 948 P.2d 909 (Cal. 1997), at p. 921; *Lawyers Title Insurance Corp. v. Knopf*, 674 A.2d 65 (Md. Ct. Spec. App. 1996), at p. 70; *Allstate Insurance Co. v. Patterson*, 904 F. Supp. 1270 (D. Utah 1995); *Allstate Insurance Co. v. Brown*, 834 F. Supp. 854

fondement, fallacieuses ou frauduleuses. Étant donné que, avec le temps, l'obligation de défendre est devenue pour les assureurs une façon de protéger leurs intérêts dans l'éventualité où ils seraient contraints de payer toute somme accordée par jugement (voir J. M. Fischer, «Broadening the Insurer's Duty to Defend: How *Gray v. Zurich Insurance Co.* Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance» (1991), 25 *U.C. Davis L. Rev.* 141, aux pp. 146 à 157; E. S. Pryor, «The Tort Liability Regime and the Duty to Defend» (1999), 58 *Md. L. Rev.* 1), on ne saurait présumer, en l'absence d'une clause expresse, qu'une obligation de défendre indépendante existe: voir B. Vail, «'My Mistake, Your Problem': The Duty to Defend Liability Claims in Canada» (1996), 6 *C.I.L.R.* 201, à la p. 207, et Fischer, *loc. cit.* Conclure en sens contraire équivaudrait à faire d'une assurance à caractère indemnitaire une assurance de frais juridiques. À mon avis, pareille interprétation irait à l'encontre des attentes raisonnables des parties en l'absence d'une clause expresse en ce sens.

Même si, avant l'arrêt *Nichols*, les tribunaux canadiens étaient divisés à ce sujet, ils se sont depuis ralliés à l'opinion incidente de notre Cour dans cette affaire. Voir *Modern Livestock Ltd. c. Kansa General Insurance Co.* (1993), 11 Alta. L.R. (3d) 355 (B.R.); *B.P. Canada Inc. c. Comco Service Station Construction & Maintenance Ltd.* (1990), 73 O.R. (2d) 317 (H.C.), et *Kates c. Hall*, [1990] 5 W.W.R. 569 (C.S.C.-B.).

Cette conclusion est compatible avec l'avis majoritaire des tribunaux américains, savoir que [TRADUCTION] «l'obligation de défendre naît lorsque la plainte s'appuie sur des faits susceptibles d'emporter l'application de la garantie»: *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. c. Snowbarger*, 934 P.2d 909 (Colo. Ct. App. 1997), à la p. 912. Voir également, par exemple, *Aerojet-General Corp. c. Transport Indemnity Co.*, 948 P.2d 909 (Cal. 1997), à la p. 921; *Lawyers Title Insurance Corp. c. Knopf*, 674 A.2d 65 (Md. Ct. Spec. App. 1996), à la p. 70; *Allstate Insurance Co. c. Patterson*, 904 F. Supp. 1270 (D. Utah

77

78

(E.D. Pa. 1993). To the contrary, see *Gray v. Zurich Insurance Co.*, 419 P.2d 168 (Cal. 1966).

(ii) The Relevance of the Pleadings

79

The appellant notes that the plaintiff's statement of claim alleged the non-intentional torts of negligence and breach of fiduciary duty. He therefore argues that the respondent has a duty to defend because the exclusion clause does not apply to these claims. However, these bare assertions alone cannot be determinative. Otherwise, the parties to an insurance contract would always be at the mercy of the third-party pleader. What really matters is not the labels used by the plaintiff, but the true nature of the claim.

80

The general rule regarding the role of the pleadings is well stated by Wallace J. in *Bacon v. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (B.C.S.C.), at p. 99:

The pleadings govern the duty to defend — not the insurer's view of the validity or nature of the claim or by the possible outcome of the litigation. If the claim alleges a state of facts which, if proven, would fall within the coverage of the policy the insurer is obliged to defend the suit regardless of the truth or falsity of such allegations.

This principle was expanded upon by McLachlin J., for the Court in *Nichols*, *supra*, at pp. 810-11, in the following words cited in part above:

Where it is clear from the pleadings that the suit falls outside of the coverage of the policy by reason of an exclusion clause, the duty to defend has been held not to arise: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (N.B.C.A.), leave to appeal refused by this Court, [1987] 1 S.C.R. xi.

At the same time, it is not necessary to prove that the obligation to indemnify will in fact arise in order to trigger the duty to defend. The mere possibility that a claim within the policy may succeed suffices. In this sense, as noted earlier, the duty to defend is broader than the duty

1995), et *Allstate Insurance Co. c. Brown*, 834 F. Supp. 854 (E.D. Pa. 1993). Pour un avis contraire, voir *Gray c. Zurich Insurance Co.*, 419 P.2d 168 (Cal. 1966).

(ii) La pertinence des actes de procédure

L'appelant fait remarquer que, dans sa déclaration, la demanderesse allègue les délits non intentionnels de négligence et de manquement à l'obligation fiduciaire. Il fait donc valoir que l'intimé a l'obligation de le défendre, car la clause d'exclusion ne s'applique pas à ces allégations. Cependant, ces simples assertions ne sauraient être déterminantes. Sinon, l'application du contrat d'assurance dépendrait toujours des allégations d'un tiers. Ce qui compte vraiment, ce n'est pas la terminologie employée par le demandeur, mais la nature véritable de la demande.

Dans *Bacon c. McBride* (1984), 6 D.L.R. (4th) 96 (C.S.C.-B.), le juge Wallace énonce bien, à la p. 99, la règle générale concernant le rôle des actes de procédure:

[TRADUCTION] L'obligation de défendre dépend des actes de procédure, et non du point de vue de l'assureur quant à la validité ou à la nature de la demande ni de l'issue possible de l'instance. Lorsque la demande énonce des faits qui, s'ils étaient prouvés, seraient visés par la garantie prévue dans la police, l'assureur est tenu d'opposer une défense à la poursuite, que ces allégations soient véridiques ou non.

Dans l'extrait suivant de l'arrêt *Nichols*, précité, dont une partie est citée précédemment, le juge McLachlin développe ce principe au nom de notre Cour (aux pp. 810 et 811):

On a conclu que l'obligation de défendre n'existe pas lorsqu'il ressort clairement des actes de procédure que la poursuite ne relève pas de la portée de la police en raison d'une clause d'exclusion: *Opron Maritimes Construction Ltd. v. Canadian Indemnity Co.* (1986), 19 C.C.L.I. 168 (C.A.N.-B.), autorisation de pourvoi refusée par notre Cour, [1987] 1 R.C.S. xi.

En même temps, il n'est pas nécessaire d'établir qu'il y aura effectivement obligation d'indemniser pour déclencher l'obligation de défendre. La seule possibilité qu'une réclamation relevant de la police puisse être accueillie suffit. En ce sens, comme je l'ai déjà souligné,

to indemnify. O'Sullivan J.A. wrote in *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521 (Man. C.A.), at p. 524:

Furthermore, the duty to indemnify against the costs of an action and to defend does not depend on the judgment obtained in the action. The existence of the duty to defend depends on the nature of the claim made, not on the judgment that results from the claim. The duty to defend is normally much broader than the duty to indemnify against a judgment. (Emphasis added.)

In that case it was unclear whether the insurer might be liable to indemnify under the policy, so the duty to defend was held to apply. In the court's view it would have been unjust for the insurers to be able to assert that "the claim is probably groundless, or will probably end up falling outside of the indemnity coverage. Since we have no proof that we owe an indemnity in this case, we take the position that we owe no duty to defend".

This does not, however, mean that the parties to an insurance contract are to be bound by the plaintiff's choice of labels, and thus defenceless against inaccurate or manipulative pleadings. *Nichols* only held that, having determined the nature of the claim, an insured need not further prove that the claim would succeed. This is just common sense, since otherwise an insured would have to prove he is actually liable in order to get an insurer to defend a liability claim.

In my view, the correct approach in the circumstances of this case is to ask if the allegations, properly construed, sound in intentional tort. If they do, the plaintiff's use of the word "negligence" will not be controlling. The Rhode Island Supreme Court, in *Peerless Insurance Co. v. Viegas*, 667 A.2d 785 (1995), cleverly expressed the point as follows at p. 789:

l'obligation de défendre a une portée plus large que l'obligation d'indemniser. Le juge O'Sullivan de la Cour d'appel a écrit dans l'arrêt *Prudential Life Insurance Co. v. Manitoba Public Insurance Corp.* (1976), 67 D.L.R. (3d) 521 (C.A. Man.), à la p. 524:

[TRADUCTION] En outre, l'obligation d'indemniser à l'égard des frais d'une action et de défendre ne dépend pas du jugement rendu dans l'action. L'existence de l'obligation de défendre dépend de la nature de la réclamation, non du jugement qui en résulte. L'obligation de défendre a normalement une portée beaucoup plus large que l'obligation d'indemniser à l'égard d'un jugement. (Je souligne.)

Dans cette affaire, on ne savait pas si l'assureur pourrait être tenu d'indemniser en vertu de la police, alors le tribunal a conclu que l'obligation de défendre s'appliquait. De l'avis du tribunal, il aurait été injuste que les assureurs puissent affirmer que [TRADUCTION] «la réclamation est probablement non fondée, ou ne relèvera probablement pas de la portée de la police en fin de compte. Puisque nous n'avons aucune preuve que nous sommes tenus de verser une indemnité dans cette affaire, nous prétendons que nous ne sommes tenus à aucune obligation de défendre».

Cela ne veut toutefois pas dire que la terminologie choisie par la partie demanderesse lie les parties à un contrat d'assurance et rend ces dernières impuissantes face à des allégations inexactes ou manipulatrices. Dans l'arrêt *Nichols*, notre Cour a seulement statué que, après avoir déterminé la nature de la demande, l'assuré n'a pas à établir en outre que le demandeur aurait gain de cause. Il s'agit du simple bon sens car, autrement, l'assuré devrait prouver qu'il est de fait responsable pour obtenir de l'assureur qu'il oppose une défense à une action en responsabilité.

Vu les circonstances de l'espèce, je suis d'avis que la démarche appropriée consiste à se demander si les allégations, correctement interprétées, renvoient à un délit intentionnel. Si tel est le cas, la mention de la «négligence» par la demanderesse n'est pas déterminante. Dans l'affaire *Peerless Insurance Co. c. Viegas*, 667 A.2d 785 (1995), la Cour suprême du Rhode Island a habilement exposé le principe de la manière suivante, à la p. 789:

81

82

In civil actions for damages that result from an act of child sexual molestation, an insurer will be relieved from its duty to defend and to indemnify its insured if the perpetrator is insured under a policy in which there is contained an intentional act exclusion provision. . . . The fact that the allegations in that complaint are described in terms of “negligence” is of no consequence. A plaintiff, by describing his or her cat to be a dog, cannot simply by that descriptive designation cause the cat to bark.

[TRADUCTION] Dans le cadre de poursuites civiles en dommages-intérêts faisant suite à une atteinte à la pudeur contre un enfant, l’assureur n’est pas tenu de défendre et d’indemniser l’assuré lorsque l’auteur de l’infraction est titulaire d’une police d’assurance renfermant une clause d’exclusion de l’acte intentionnel. [. . .] Que les actes reprochés dans la plainte soient imputés à la «négligence» n’a pas d’importance. En appelant son chat un chien, le demandeur ne peut, simplement par cette désignation, faire aboyer le chat.

83

To be somewhat more prosaic, when determining the scope of the duty to defend, courts must take the factual allegations as pleaded, but then ask which of the plaintiff’s legal claims could potentially be supported by those factual allegations. This is clear from *Bacon, supra*, at p. 99, where the court limited the duty to defend to cases where the “claim alleges a state of facts which, if proven, would fall within . . . coverage” (emphasis added). Similarly, in *Nichols, supra*, at p. 810, McLachlin J. cited with approval O’Sullivan J.A.’s direction to look at “the nature of the claim made”.

De manière en quelque sorte plus prosaïque, les tribunaux appelés à déterminer l’étendue de l’obligation de défendre doivent tenir compte des allégations factuelles telles qu’elles sont formulées, puis se demander lesquelles des prétentions juridiques de la partie demanderesse ces allégations factuelles pourraient étayer. C’est ce qui ressort de *Bacon*, précité, à la p. 99, où le tribunal a statué que l’obligation de défendre ne s’appliquait que lorsque [TRADUCTION] «la demande énonce des faits qui, s’ils étaient prouvés, seraient visés par la garantie» (je souligne). De même, dans *Nichols*, précité, à la p. 810, le juge McLachlin cite, en l’approuvant, la directive du juge O’Sullivan de tenir compte de «la nature de la réclamation».

84

I would note that this approach can assist the insured, and not just the insurer. For example, as the California Supreme Court noted in *Gray, supra*, at p. 176,

Je fais remarquer que cette démarche peut également être favorable à l’assuré, et non seulement à l’assureur. Par exemple, comme la Cour suprême de la Californie l’a indiqué dans *Gray*, précité, à la p. 176,

the complainant in the third party action drafts his complaint in the broadest terms; he may very well stretch the action which lies in only nonintentional conduct to the dramatic complaint that alleges intentional misconduct. In light of the likely overstatement of the complaint and of the plasticity of modern pleading, we should hardly designate the third party as the arbiter of the policy’s coverage.

[TRADUCTION] le plaignant aux fins de l’action intentée par un tiers rédige sa plainte de la manière la plus générale qui soit; il peut fort bien transformer une action fondée uniquement sur des actes non intentionnels en une plainte radicale alléguant l’action fautive intentionnelle. Vu le risque d’exagération et la malléabilité des actes de procédure de nos jours, nous pourrions difficilement désigner le tiers comme arbitre de la garantie prévue dans le contrat d’assurance.

Conversely, a plaintiff may draft a statement of claim in a way that seeks to turn intention into negligence in order to gain access to an insurer’s deep pockets. See E. S. Pryor, “The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding” (1997), 75 *Tex. L. Rev.* 1721, at p. 1735. A court must therefore look beyond the labels used by the plaintiff, and determine the true nature of

À l’inverse, un demandeur peut rédiger sa déclaration de manière à tenter de transformer l’intention en négligence afin de bénéficier d’une indemnisation plus substantielle de la part de l’assureur. Voir E. S. Pryor, «The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding» (1997), 75 *Tex. L. Rev.* 1721, à la p. 1735. Le tribunal doit donc aller au-delà de la terminologie

the claim pleaded. It is important to emphasize that at this stage a court must not attempt to determine the merit of any of the plaintiff's claims. Instead, it should simply determine whether, assuming the verity of all of the plaintiff's factual allegations, the pleadings could possibly support the plaintiff's legal allegations.

Having construed the pleadings, there may be properly pleaded allegations of both intentional and non-intentional tort. When faced with this situation, a court construing an insurer's duty to defend must decide whether the harm allegedly inflicted by the negligent conduct is derivative of that caused by the intentional conduct. In this context, a claim for negligence will not be derivative if the underlying elements of the negligence and of the intentional tort are sufficiently disparate to render the two claims unrelated. If both the negligence and intentional tort claims arise from the same actions and cause the same harm, the negligence claim is derivative, and it will be subsumed into the intentional tort for the purposes of the exclusion clause analysis. If, on the other hand, neither claim is derivative, the claim of negligence will survive and the duty to defend will apply. Parenthetically, I note that the foregoing should not preclude a duty to defend simply because the plaintiff has pleaded in the alternative. As Pryor, "The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding", *supra*, points out at p. 1752, "[p]laintiffs must have the freedom to plead in the alternative, to develop alternative theories, and even to submit alternative theories to the jury". A claim should only be treated as "derivative", for the purposes of this analysis, if it is an ostensibly separate claim which nonetheless is clearly inseparable from a claim of intentional tort.

The reasons for this conclusion are twofold. First, as discussed above, one must always remember that insurance is presumed to cover only negligence, not intentional injuries. Second, this

employée par le demandeur et déterminer la nature véritable des allégations. Il importe de souligner que, à cette étape, le tribunal ne doit pas tenter d'établir le bien-fondé des allégations du demandeur. Il doit plutôt simplement décider, en tenant pour acquis que toutes les allégations factuelles du demandeur sont véridiques, si les actes de procédures sont susceptibles d'étayer ses allégations.

L'interprétation des actes de procédure peut faire ressortir des allégations adéquatement formulées de délit intentionnel et de délit non intentionnel. En pareille situation, le tribunal appelé à interpréter l'obligation de défendre de l'assureur doit décider si le préjudice qui aurait été infligé par le comportement négligent est dérivé de celui causé par le comportement intentionnel. Dans ce contexte, une allégation de négligence n'est pas tenue pour dérivée si les éléments sous-jacents de la négligence et du délit intentionnel sont suffisamment distincts pour en faire deux allégations n'ayant aucun point en commun. Si les deux allégations découlent des mêmes actes et causent le même préjudice, la négligence est tenue pour dérivée et elle est subsumée sous le délit intentionnel aux fins de l'application de la clause d'exclusion. Si, par contre, aucun des délits allégués n'est dérivé, l'allégation de négligence subsiste et l'obligation de défendre s'applique. Incidemment, ce n'est pas parce que l'allégation est formulée à titre subsidiaire que l'obligation de défendre disparaît. Comme le dit Pryor, «The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding», *loc. cit.*, à la p. 1752, [TRADUCTION] «[I]es demandeurs doivent être libres de formuler des allégations subsidiaires, d'élaborer des thèses subsidiaires et même de présenter des thèses subsidiaires au jury». Une allégation ne devrait être considérée comme «dérivée», aux fins de la présente analyse, que s'il s'agit manifestement d'une allégation distincte, mais qui est néanmoins nettement inséparable d'une allégation de délit intentionnel.

Deux raisons justifient cette conclusion. Premièrement, comme je l'indique précédemment, il faut toujours se rappeler que l'assurance est présumée ne garantir que le préjudice résultant de la négli-

approach will discourage manipulative pleadings by making it fruitless for plaintiffs to try to convert intentional torts into negligence, or vice versa. While courts should not concern themselves with whether or not pleadings are designed to generate insurance coverage, following the guidelines set out above will provide insurers with sufficient protections against manipulative pleadings.

87 These concepts may seem rather complicated in the abstract, but they are more straightforward to apply in practice. While this issue is relatively new to Canadian law, it has been extensively canvassed in the United States, where courts have denied insurance coverage for claims of negligent battery, negligent misrepresentation, negligent infliction of emotional distress, negligent interference with familial relations, and any other claim of “negligence” where it is derivative of an intentional sexual assault. For example, in *Houg v. State Farm Fire and Casualty Co.*, 481 N.W.2d 393 (Minn. Ct. App. 1992), a parishioner sued a priest who had been counselling her for sexual assault. In addition to intentional sexual battery, the plaintiff alleged negligent counselling by the defendant.

88 The court had little difficulty in finding that this allegation of negligence did not raise the duty to defend, because “[a]ny negligent counseling is so intertwined with [the insured]’s sexual exploitation of a psychologically dependent person as to be inseparable” (*Houg, supra*, at p. 397). To use the approach I have set out above, the negligent counselling claim was merely derivative of the sexual assault. The fact that there may have been negligent aspects of the priest’s conduct will not change the essentially intentional nature of his conduct, for the purpose of the exclusion clause. To similar effect are: *Linebaugh v. Berdish*, 376 N.W.2d 400 (Mich. Ct. App. 1985) (denying a claim for “negligent” child molestation, which was “a transparent

gence, et non celui qui est infligé intentionnellement. Deuxièmement, cette démarche fera obstacle aux actes de procédures manipulateurs en rendant vaine la tentative du demandeur de transformer un délit intentionnel en délit de négligence, ou vice-versa. Même si les tribunaux ne devraient pas se préoccuper de savoir si les actes de procédure visent à entraîner l’application de la garantie d’une police d’assurance, en suivant les lignes directrices énoncées ci-dessus, ils fourniront aux assureurs une protection suffisante contre les actes de procédure manipulateurs.

Ces notions peuvent paraître compliquées dans l’abstrait, mais elles sont plus simples à appliquer en pratique. Bien qu’il s’agisse d’une question relativement nouvelle en droit canadien, elle a fait l’objet d’un examen approfondi aux États-Unis, où les tribunaux ont exclu l’application de la garantie d’assurance à l’égard des poursuites pour voies de fait, déclarations inexactes, trouble émotionnel, atteinte aux relations familiales et toute autre allégation de «négligence» lorsqu’elles étaient dérivées d’une agression sexuelle intentionnelle. Par exemple, dans *Houg c. State Farm Fire and Casualty Co.*, 481 N.W.2d 393 (Minn. Ct. App. 1992), une paroissienne avait poursuivi pour agression sexuelle un prêtre auprès de qui elle suivait des séances de counseling. Outre les voies de fait de nature sexuelle intentionnelles, la demanderesse avait allégué la négligence du défendeur en tant que conseiller.

Le tribunal a eu peu de mal à conclure que cette allégation de négligence ne faisait pas naître l’obligation de défendre, car [TRADUCTION] «[l]a négligence dans la prestation du counseling est si imbriquée dans l’exploitation sexuelle par [l’assuré] d’une personne psychologiquement dépendante qu’elle en est inséparable» (*Houg, précité*, à la p. 397). Pour reprendre l’analyse exposée précédemment, l’allégation de négligence relative au counseling était simplement dérivée de l’agression sexuelle. Que certains aspects de la conduite du prêtre puissent être qualifiés de négligence ne modifie pas la nature essentiellement intentionnelle de ses actes aux fins de l’application de la clause d’exclusion. Dans le même ordre d’idée,

attempt to trigger insurance coverage by characterizing allegations of tortious conduct under the guise of ‘negligent’ activity” (p. 406)); *Horace Mann Insurance Co. v. LEEBER*, 376 S.E.2d 581 (W. Va. 1988) (alleged negligent seduction of a child by a teacher (p. 587)); *Allstate Insurance Co. v. Troelstrup*, 789 P.2d 415 (Colo. 1990) (same (p. 418, n. 7)); *Nationwide Mutual Fire Insurance Co. v. Lajoie*, 661 A.2d 85 (Vt. 1995) (agreeing with the trial judge that “labeling [the insured]’s conduct as negligent ‘is simply a disingenuous attempt to create a factual dispute’” (p. 86)); *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger*, *supra* (“[T]he only facts recited in the complaint concern the repeated acts of sexual assault. There are no factual allegations provided in the complaint to substantiate a negligence theory” (p. 912)).

I wish to make it clear that I am not denying that a given state of facts may give rise to several different tort claims. For example, in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, the Court noted at p. 59 that “[i]ncest is a breach of both common law and equitable duties”. The Court therefore held that limitation periods applying to intentional or negligent actions did not apply to claims for breach of fiduciary duty. While I fully agree with this proposition, I would note that the present appeal presents a distinct question. In the context of an insurance contract’s intentional injury exclusion clause, the goal is to determine the gravamen of the complaint, and whether one can infer an intent to injure from that complaint. Limitations issues, as shown by *M. (K.)*, are different, and not applicable in the present appeal. Indeed, this appeal’s holding with respect to the proper characterization of a plaintiff’s tort allegations should not be taken

voir *Linebaugh c. Berdish*, 376 N.W.2d 400 (Mich. Ct. App. 1985) (rejet d’une poursuite pour atteinte à la pudeur commise contre un enfant par «négligence» parce qu’il s’agissait [TRADUCTION] «d’une tentative manifeste d’obtenir l’application de la garantie d’assurance en imputant à la “négligence” un comportement délictueux» (p. 406)); *Horace Mann Insurance Co. c. LEEBER*, 376 S.E.2d 581 (W. Va. 1988) (allégation de séduction d’un enfant par un enseignant ayant fait preuve de négligence (p. 587)); *Allstate Insurance Co. c. Troelstrup*, 789 P.2d 415 (Colo. 1990) (*idem* (p. 418, n. 7)); *Nationwide Mutual Fire Insurance Co. c. Lajoie*, 661 A.2d 85 (Vt. 1995) (le tribunal convient avec le juge de première instance que [TRADUCTION] «l’imputation des actes de [l’assuré] à la négligence “vise simplement à susciter un désaccord d’ordre factuel”» (p. 86)); *Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. c. Snowbarger*, précité, ([TRADUCTION] («[L]es seuls faits énoncés dans la plainte touchent les actes répétés d’agression sexuelle. Aucune allégation factuelle dans la plainte n’étaye la thèse de la négligence» (p. 912)).

Je tiens à préciser qu’un même ensemble de faits peut néanmoins donner lieu à plusieurs allégations de délit. Par exemple, dans *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, notre Cour a indiqué à la p. 59 que «[l]’inceste est un manquement à des obligations de common law et d’*equity*». Notre Cour a donc décidé que la prescription applicable aux actions fondées sur un délit intentionnel ou sur la négligence ne s’appliquait pas aux actions fondées sur le manquement à l’obligation fiduciaire. Bien que je partage tout à fait ce point de vue, je signale que le présent pourvoi porte sur une question différente. Dans le contexte d’un contrat d’assurance qui renferme une clause d’exclusion du préjudice infligé intentionnellement, l’objectif est de déterminer quel est l’élément primordial de la plainte et si on peut déduire de celle-ci l’intention d’infliger un préjudice. Comme il ressort de l’arrêt *M. (K.)*, les questions liées à la prescription sont différentes et ne sont pas pertinentes dans le cadre du présent pourvoi. En fait, la décision de notre Cour en l’espèce concernant la qualification appropriée des allégations d’une poursuite pour délit civil ne devrait pas s’appliquer à d’autres domaines du

to affect any areas of law outside the insurance context presented by this appeal.

(iii) Conclusion on the Scope of the Insurer's Duty to Defend

90

I therefore conclude that the respondent will only have to defend the appellant if the plaintiff's statement of claim alleges a state of facts that, properly construed, would support an action that could potentially fall within coverage.

C. Is There a Claim that Could Fall Within Coverage?

91

There is no dispute in this case that the plaintiff's allegations fall within the general coverage provisions of the policy. All that is at stake is whether the exclusion clause applies. That clause states that the appellant is "not insured for claims arising from: . . . bodily injury or property damage caused by any intentional or criminal act or failure to act" by the insured.

92

At the outset, the wording of this clause presents a threshold issue. The respondent argues that the clause requires only an intentional act, not an intent to injure. The majority below agreed with this interpretation. However, I agree with Finch J.A.'s dissent on this point. If the respondent were correct, almost any act of negligence could be excluded under this clause. After all, most every act of negligence can be traced back to an "intentional . . . act or failure to act". As this Court made clear in *Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 309, "negligence is by far the most frequent source of exceptional liability which [an insured] has to contend with. Therefore, a policy which would not cover liability due to negligence could not properly be called 'comprehensive'" (pp. 316-17). Consistent with this decision, the purpose of insurance, and the doctrines of reasonable expectations and *contra proferentem* referred to above, I believe the exclusion clause must be read to require that the injuries be intentionally caused, in that they are the

droit que celui de l'assurance présenté dans le contexte de la présente affaire.

(iii) Conclusion concernant l'étendue de l'obligation de défendre de l'assureur

J'arrive donc à la conclusion que l'intimé ne sera tenu de défendre l'appelant que si, dans sa déclaration, la demanderesse énonce des faits qui, s'ils sont interprétés correctement, appuient une action susceptible d'entraîner l'application de la garantie.

C. Existe-t-il une allégation susceptible d'entraîner l'application de la garantie?

Il ne fait aucun doute en l'espèce que les allégations de la demanderesse ressortissent à la garantie générale de la police d'assurance. La seule question à trancher est de savoir si la clause d'exclusion s'applique. Cette clause prévoit que «[l']assurance ne s'applique pas aux demandes découlant de ce qui suit: [. . .] le préjudice corporel ou matériel infligé par l'action ou l'omission intentionnelles ou criminelles» de l'assuré.

D'emblée, le libellé de cette clause soulève une question préliminaire. L'intimé fait valoir que l'application de la clause exige uniquement un acte intentionnel, et non l'intention d'infliger un préjudice. La juridiction inférieure à la majorité a abondé en ce sens. Cependant, je partage l'avis du juge Finch, dissident sur ce point. Si on donnait raison à l'intimé, presque tout acte de négligence pourrait être exclu par l'application de cette clause. Après tout, un acte de négligence découle presque toujours d'une «action ou [d'une] omission intentionnelles». Comme notre Cour l'a dit clairement dans *Canadian Indemnity Co. c. Walkem Machinery & Equipment Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 309, «la négligence est de loin la source la plus fréquente de responsabilité exceptionnelle à laquelle [un assuré] doit faire face. Par conséquent, une police qui ne couvrirait pas la responsabilité résultant de la négligence ne pourrait pas à juste titre s'appeler "générale"» (pp. 316 et 317). Conformément à cette décision, à l'objet de l'assurance, ainsi qu'au principe des attentes raison-

product of an intentional tort and not of negligence.

Our task, therefore, is to decide which of the plaintiff's legal allegations are properly pleaded, whether any of them are derivative, and whether any of the surviving claims evince an intention to injure, thus triggering the exclusion clause. To do this, it is necessary to understand precisely what the elements of the various torts alleged against the appellant are. If the elements of a tort claim require proof of conduct that also proves an intent to injure, there will be no duty to defend because any potentially successful claim would fall under the exclusion clause.

As will be seen from the following discussion, I conclude that each of the plaintiff's properly pleaded claims necessarily involves an intent to injure, because each requires proof that the appellant either knew, or should have known, that the plaintiff did not validly consent to sexual activity. Given this actual or constructive knowledge of non-consent, the law will not permit the appellant to claim that he did not intend any harm. The exclusion therefore applies because there is no claim against the appellant that, if successful, could potentially fall within coverage. There being no potentially indemnifiable claim, the respondent has no duty to defend.

(i) Sexual Battery

(a) *Elements of the Tort of Sexual Battery*

The tort of sexual battery is a relatively new one. As Professor Feldthusen points out in "The Canadian Experiment with the Civil Action for

nables et à la règle *contra proferentem* susmentionnés, j'estime que la clause d'exclusion doit être interprétée de façon que son application exige que le préjudice ait été infligé intentionnellement, c'est-à-dire qu'il ait été le fruit d'un délit intentionnel, et non d'une négligence.

Notre Cour est donc appelée à déterminer lesquelles des prétentions juridiques de la demanderesse sont adéquatement formulées, si l'une ou l'autre d'entre elles est dérivée et si celles qui subsistent font ressortir l'intention d'infliger un préjudice déclenchant ainsi l'application de la clause d'exclusion. Pour ce faire, il lui est nécessaire de comprendre exactement quels sont les éléments constitutifs des divers délits reprochés à l'appellant. Lorsque les éléments constitutifs du délit allégué exigent la preuve d'un comportement qui établit également l'intention d'infliger un préjudice, l'assureur n'a aucune obligation de défendre l'assuré car, si l'auteur de la poursuite avait gain de cause, la clause d'exclusion s'appliquerait.

Comme le fait ressortir l'analyse qui suit, je suis d'avis que chacune des allégations adéquatement formulées par la demanderesse suppose nécessairement l'intention d'infliger un préjudice, parce qu'elle exige la preuve que l'appellant savait, ou aurait dû savoir, que la demanderesse n'a pas consenti à l'activité sexuelle de façon valable. Comme il savait ou était réputé savoir qu'il n'y avait pas eu consentement, l'appellant ne pourra prétendre, suivant le droit applicable, qu'il n'avait pas l'intention d'infliger un préjudice. La clause d'exclusion s'applique donc, car la demande contre l'appellant ne renferme aucune allégation qui, si elle était retenue, serait susceptible d'entraîner l'application de la garantie. En l'absence de toute allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation de l'assuré, l'intimé n'a aucune obligation de le défendre.

(i) Voies de fait de nature sexuelle

a) *Éléments constitutifs du délit de voies de fait de nature sexuelle*

Le délit de voies de fait de nature sexuelle est relativement récent. Comme le professeur Feldthusen le signale dans «The Canadian Experi-

93

94

95

Sexual Battery”, in N. J. Mullany, ed., *Torts in the Nineties* (1997), 274, at p. 274, this action is one that has appeared more frequently in the last 15 years. The sexual battery action signals the possibility of “dramatic changes to the law of consent, to the action for breach of fiduciary duty, to the rules governing punitive damages, to the rules of discovery and to the law of evidence” (p. 275). However, this appeal requires no such changes. Contrary to McLachlin J.’s assertions, my approach entails nothing more than understanding how traditional tort law applies in the context of sexual battery.

ment with the Civil Action for Sexual Battery», dans N. J. Mullany, dir., *Torts in the Nineties* (1997), 274, à la p. 274, ce genre d’action est plus fréquent depuis les 15 dernières années. L’existence de ce nouveau délit pourrait occasionner [TRADUCTION] «la modification radicale du droit en matière de consentement ainsi que des actions pour manquement à l’obligation fiduciaire, des règles régissant les dommages-intérêts punitifs et la communication préalable, de même que du droit de la preuve» (p. 275). Toutefois, le présent pourvoi n’exige pas une telle modification. Contrairement à ce qu’affirme le juge McLachlin, ma méthode ne comporte rien de plus qu’une analyse de la manière dont le droit de la responsabilité civile délictuelle traditionnel s’applique dans le contexte des voies de fait de nature sexuelle.

96

Sexual battery is a form of battery, the traditional test for which is relatively straightforward. In *M. (K.)*, *supra*, at p. 25, La Forest J. defined assault and battery as “causing another person to apprehend the infliction of immediate harmful or offensive force on her person coupled with the actual infliction of that harmful or offensive force”. What is notably absent from this definition is any intent to injure. Professor Klar, in his second edition of *Tort Law* (1996), makes this point at p. 42:

Les voies de fait de nature sexuelle constituent une forme de voies de fait, et le critère traditionnellement applicable est relativement simple. Dans *M. (K.)*, précité, à la p. 25, le juge La Forest définit les voies de fait comme étant «le fait d’amener une autre personne à craindre l’emploi direct d’une force préjudiciable ou nocive contre sa personne, conjugué à l’emploi réel de cette force préjudiciable ou nocive». Manifestement, l’intention d’infliger un préjudice ne fait pas partie de cette définition. Dans la deuxième édition de son ouvrage intitulé *Tort Law* (1996), le professeur Klar précise, à la p. 42:

For the tort of intentional battery, the defendant must have intended an offensive, physical contact with the plaintiff. The defendant need not have intended to harm or injure the plaintiff, although in most battery cases there is an intention to injure.

[TRADUCTION] En ce qui concerne le délit de voies de fait intentionnelles, il faut que le défendeur ait voulu avoir un contact physique nocif avec le demandeur. Il n’est pas nécessaire qu’il ait voulu infliger un préjudice au demandeur, bien que dans la plupart des cas concernant des voies de fait, il y ait une telle intention.

97

A. M. Linden, in *Canadian Tort Law* (6th ed. 1997), emphasizes this point at p. 43: “A battery can be committed even though no harm or insult is intended by the contact. If the contact is offensive to the recipient, even if a compliment was intended, it is tortious.” See also *Wilson v. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440 (C.A.), at p. 445; *Spivey v. Battaglia*, 258 So.2d 815 (Fla. 1972); O. M. Reynolds, “Tortious Battery: Is ‘I Didn’t

A. M. Linden insiste sur ce point dans son ouvrage intitulé *Canadian Tort Law* (6^e éd. 1997), à la p. 43: [TRADUCTION] «Il peut y avoir acte de violence même si son auteur ne voulait aucunement blesser ou insulter quelqu’un. Si le contact est perçu comme offensant par celui qui en est l’objet, même s’il s’agissait d’un compliment dans l’esprit de l’auteur, il s’agit d’un délit.» Voir également *Wilson c. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440

Mean Any Harm' Relevant?" (1984), 37 *Okla. L. Rev.* 717.

Intentional battery generally requires only the intent to cause the physical consequences, namely, an offensive touching. Klar, *supra*, makes this point at p. 30:

Technically, however, the concept of "intention" in the intentional torts does not require defendants to know that their acts will result in harm to the plaintiffs. Defendants must know only that their acts will result in certain consequences. It is not necessary for defendants to realize that these intended consequences are in fact an infringement of the legal rights of others. Intention, in other words, focusses on physical consequences.

To similar effect is Linden, *supra*, at p. 33: "Conduct is intentional if the actor desires to produce the consequences that follow from an act."

Moreover, if a tort is intended, it will not matter that the result was more harmful than the actor should, or even could have foreseen. Linden, *supra*, at p. 45, quotes Borins Co. Ct. J. (as he then was) in *Bettel v. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617, at p. 628:

If physical contact was intended, the fact that its magnitude exceeded all reasonable or intended expectations should make no difference. To hold otherwise... would unduly narrow recovery where one deliberately invades the bodily interests of another with the result that the totally innocent plaintiff would be deprived of full recovery for the totality of the injuries suffered as a result of the deliberate invasion of his bodily interests. [Emphasis added.]

The appellant's argument, in light of the foregoing, is quite simple. Battery requires only intentional contact, not an intent to harm. Therefore, he could have had non-consensual sex with the plaintiff, thus committing battery, while thinking consent was present and thus not intending any harm. Any injuries could therefore have been uninten-

(C.A.), à la p. 445; *Spivey c. Battaglia*, 258 So.2d 815 (Fla. 1972), et O. M. Reynolds, «Tortious Battery: Is "I Didn't Mean Any Harm" Relevant?» (1984), 37 *Okla. L. Rev.* 717.

Les voies de fait intentionnelles n'exigent généralement que l'intention de causer les conséquences physiques, savoir un contact nocif. Le professeur Klar, *op. cit.*, dit ce qui suit à la p. 30:

[TRADUCTION] Cependant, en théorie, la notion d'«intention» en matière de délits intentionnels n'exige pas du défendeur qu'il soit conscient que ses actes infligeront un préjudice à la victime. Il doit seulement savoir que ses actes auront certaines conséquences. Il n'est pas nécessaire que le défendeur se rende compte que les conséquences voulues constituent en fait une violation des droits de l'autre. En d'autres termes, l'intention est axée sur les conséquences d'ordre physique.

Dans le même ordre d'idée, Linden, *op. cit.*, ajoute à la p. 33: [TRADUCTION] «Un acte est intentionnel si son auteur désire produire les conséquences qui en découlent.»

De plus, si le délit est intentionnel, il importe peu que les conséquences soient plus préjudiciables que celles que l'auteur du délit aurait dû ou même aurait pu prévoir. Linden, *op. cit.*, à la p. 45, cite le juge Borins, de la Cour de comté (maintenant juge de la Cour d'appel), dans *Bettel c. Yim* (1978), 20 O.R. (2d) 617, à la p. 628:

[TRADUCTION] Si le contact physique était intentionnel, le fait que son importance ait dépassé les attentes raisonnables ou intentionnelles ne devrait pas faire de différence. Toute autre décision (. . .) limiterait sans raison l'indemnité à laquelle pourrait avoir droit une personne lorsque quelqu'un viole intentionnellement son intégrité physique; le résultat serait qu'un demandeur complètement innocent serait privé de recevoir tous les dommages-intérêts auxquels il pourrait avoir droit pour l'ensemble des préjudices subis à la suite de l'atteinte intentionnelle à son intégrité physique. [Je souligne.]

Vu ce qui précède, l'argumentation de l'appelant est fort simple. La preuve des voies de fait exige uniquement le contact intentionnel, et non l'intention d'infliger un préjudice. Il aurait donc pu avoir des rapports sexuels non consentuels avec la demanderesse et se livrer ainsi à des voies de fait, tout en croyant qu'il y avait consentement et en ne

98

99

100

tional, and the exclusion clause should not apply because a claim within coverage could succeed.

voulant pas, par conséquent, infliger un préjudice. Tout préjudice infligé pouvait donc être involontaire, de sorte que la clause d'exclusion ne devrait pas s'appliquer, car une demande susceptible d'entraîner l'application de la garantie pourrait être accueillie.

101 The problem with the appellant's argument is that it fails to recognize the subtleties of intentional tort, particularly as they apply to sexual battery. The law of intentional tort has traditionally focussed on a different set of problems from those presented in cases of sexual battery. In traditional battery, which is what the above-cited authorities were considering, what is usually at stake is whether the defendant can be liable for unintended physical consequences of his or her intentional actions, as in *Bettel, supra*. In these cases, the plaintiff's consent is not in question because of the nature of the conduct. Punching, shooting, stabbing, or otherwise attempting to injure another person is clearly offensive, and we would not expect someone to consent to it. See, e.g., *Long v. Gardner* (1983), 144 D.L.R. (3d) 73 (Ont. H.C.); *Veinot v. Veinot* (1977), 81 D.L.R. (3d) 549 (N.S.C.A.); *Rumsey v. The Queen* (1984), 12 D.L.R. (4th) 44 (F.C.T.D.); *Holt v. Verbruggen* (1981), 20 C.C.L.T. 29 (B.C.S.C.). As Borins C.J. said in *Bettel, supra*, at p. 627, defendants in these cases have acted "with intent to violate the interests of others" (quoting J. J. Atrens, "International Interference with the Person", in *Studies in Canadian Tort Law* (1968), 378). Consent simply is not an issue, and intent to injure is obvious.

L'argumentation de l'appelant comporte une faille en ce qu'elle ne tient pas compte des subtilités du délit intentionnel, en particulier en ce qui concerne les voies de fait de nature sexuelle. En droit, le délit intentionnel met traditionnellement l'accent sur des éléments différents de ceux qui touchent les voies de fait de nature sexuelle. La question qui se pose habituellement dans les affaires de voies de fait générales (ce sur quoi portaient les décisions susmentionnées) est de savoir, comme dans *Bettel*, précité, si le défendeur peut être tenu responsable des conséquences physiques involontaires de ses actes intentionnels. Le consentement du demandeur n'est alors pas en cause en raison de la nature du comportement. Les coups de poing, de feu et de couteau, et les autres tentatives de blesser autrui sont clairement nocifs et on ne saurait s'attendre à ce qu'une personne y consente. Voir, par exemple, *Long c. Gardner* (1983), 144 D.L.R. (3d) 73 (H.C. Ont.); *Veinot c. Veinot* (1977), 81 D.L.R. (3d) 549 (C.A.N.-É.); *Rumsey c. The Queen* (1984), 12 D.L.R. (4th) 44 (C.F. 1^{re} inst.), et *Holt c. Verbruggen* (1981), 20 C.C.L.T. 29 (C.S.C.-B.). Comme l'a dit le juge Borins, dans *Bettel*, précité, à la p. 627, dans ces affaires, le défendeur a agi [TRADUCTION] «avec l'intention de porter atteinte aux droits d'autrui» (citant J. J. Atrens, «International Interference with the Person», dans *Studies in Canadian Tort Law* (1968), 378). La question du consentement ne se pose tout simplement pas, et l'intention d'infliger un préjudice est manifeste.

102 Moreover, even in those cases where intent to harm is less obvious, lack of consent usually is obvious. For example, Reynolds, *supra*, discusses various instances where courts have debated the need to show intent to harm. These cases typically involve childish pranks, see *Garratt v. Dailey*, 279 P.2d 1091 (Wash. 1955), *Vosburg v. Putney*, 50 N.W. 403 (Wis. 1891); unconsented medical treat-

En outre, même dans les cas où l'intention d'infliger un préjudice est moins manifeste, l'absence de consentement l'est habituellement. Par exemple, Reynolds, *loc. cit.*, analyse les différentes affaires où les tribunaux se sont penchés sur la nécessité de démontrer l'intention d'infliger un préjudice. Ces affaires portaient sur des frasques d'enfants, voir *Garratt c. Dailey*, 279 P.2d 1091

ment, see *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Clayton v. New Dreamland Roller Skating Rink, Inc.*, 82 A.2d 458 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1951); or unintended consequences, see *Bettel, supra*, *Kirkpatrick v. Crutchfield*, 100 S.E. 602 (N.C. 1919). In all of these situations, there is never any suggestion that the plaintiff consented to the battery; the focus instead is on whether the appellant intended any harm, and these cases have generally decided that no such intent is needed.

What is necessary, therefore, is to decide what role consent plays in an action for sexual battery. It is clear that for traditional batteries, consent is conceived of as an affirmative defence that must be raised by the defendant. As Cartwright J. said in *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, at p. 839, “where a plaintiff is injured by force applied directly to him by the defendant his case is made by proving this fact and the onus falls upon the defendant to prove ‘that such trespass was utterly without his fault’”. Obviously, one way to make this showing, is by establishing that the plaintiff consented to the touching. Therefore in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, La Forest J. stated in *obiter dictum* that “[c]onsent, express or implied, is a defence to battery” (p. 246). See also *Reibl, supra*, at p. 890 (battery “casts upon the defendant the burden of proving consent to what was done”); *Hambley v. Shepley* (1967), 63 D.L.R. (2d) 94 (Ont. C.A.), at p. 95; Linden, *supra*, at p. 67; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, at p. 63. If consent is merely a defence to battery, then presumably the plaintiff could establish battery without showing lack of consent. To paraphrase Cartwright J. in *Cook*, the plaintiff’s case would be made by showing the mere application of force by the defendant. As I understand it, this is the position taken by McLachlin J. However, I have trouble concluding on these terms that the appellant necessarily intended injury. Without a fault requirement of any kind, I cannot agree that the exclusion clause

(Wash. 1955), et *Vosburg c. Putney*, 50 N.W. 403 (Wis. 1891); sur l’absence de consentement au traitement médical, voir *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, et *Clayton c. New Dreamland Roller Skating Rink, Inc.*, 82 A.2d 458 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1951), ou sur les conséquences non voulues, voir *Bettel*, précité, et *Kirkpatrick c. Crutchfield*, 100 S.E. 602 (N.C. 1919). Dans aucune de ces affaires il n’a été avancé que le demandeur avait consenti aux voies de fait, l’accent ayant plutôt été mis sur la question de savoir si l’appelant avait voulu infliger un préjudice, et les tribunaux ont généralement statué qu’une telle intention n’était pas nécessaire.

Ce qu’il faut déterminer, c’est donc le rôle que joue le consentement dans le cadre d’une poursuite pour voies de fait de nature sexuelle. Dans les affaires de voies de fait traditionnelles, le consentement est clairement considéré comme une défense affirmative, que doit invoquer le défendeur. Comme le juge Cartwright l’a dit dans *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, à la p. 839, [TRADUCTION] «lorsque le demandeur a subi un préjudice du fait que le défendeur a directement eu recours à la force contre lui, il établit le bien-fondé de sa demande en prouvant ce fait, et c’est au défendeur qu’il incombe de prouver “que l’atteinte n’est absolument pas de sa faute”». De toute évidence, cette preuve peut notamment être faite en démontrant que le demandeur a consenti aux contacts. Ainsi, dans l’arrêt *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, le juge La Forest a dit, dans une opinion incidente, que le «consentement, exprès ou implicite, est opposable comme moyen de défense aux voies de fait» (p. 246). Voir également *Reibl*, précité, à la p. 890 (les voies de fait «impose[nt] au défendeur l’obligation de prouver qu’il y a eu consentement à ce qui a suivi»); *Hambley c. Shepley* (1967), 63 D.L.R. (2d) 94 (C.A. Ont.), à la p. 95; Linden, *op. cit.*, à la p. 67; G. H. L. Fridman, *The Law of Torts in Canada* (1989), vol. 1, à la p. 63. Si le consentement constitue simplement un moyen de défense à une accusation de voies de fait, on peut présumer que la demanderesse pourrait prouver celles-ci sans établir l’absence de consentement. Pour reprendre les propos du juge

would necessarily apply, and the respondent would therefore have a duty to defend.

Cartwright dans *Cook*, précité, le bien-fondé de la demande serait établi en prouvant le simple recours à la force par le défendeur. Si je comprends bien, c'est la position adoptée par le juge McLachlin. J'ai toutefois de la difficulté à dire dans ce contexte que l'appelant a nécessairement voulu infliger un préjudice. En l'absence d'exigence de faute de quelque nature que ce soit, je ne peux pas convenir que la clause d'exclusion s'appliquerait nécessairement, et l'intimé aurait donc l'obligation de défendre.

104

This doctrine is of course consistent with our basic notions of intentional tort. A person's body is inviolable, and those who interfere with one's "intangible right to autonomy over one's own body" will be held liable: Klar, *supra*, at p. 41. However, not all intentional touchings are presumptively instances of battery. There are any number of contacts that are usually consensual. For example, in *Mandel v. The Permanent* (1985), 7 O.A.C. 365 (Div. Ct.), at p. 370, Henry J. noted that a man's placing his hand on the plaintiff's arm to guide her to the door was "merely a polite gesture and an accepted usage in daily life in a civilized society, whether or not she was in fact consenting to it". A more obvious example is certain sports, where physical contact is expected and even encouraged. What these examples show is that, in all cases, one must look to the context to understand the role of consent.

Il va sans dire que ce principe est compatible avec nos notions fondamentales de délit intentionnel. La personne est inviolable, et celui qui porte atteinte à son intégrité physique, c'est-à-dire à son [TRADUCTION] «droit intangible à l'autonomie physique de sa personne», engage sa responsabilité: Klar, *op. cit.*, à la p. 41. Cependant, tous les contacts intentionnels ne sont pas présumés constituer des voies de fait. Il existe de nombreux contacts qui sont habituellement consensuels. Par exemple, dans l'affaire *Mandel c. The Permanent* (1985), 7 O.A.C. 365 (C. div.), à la p. 370, le juge Henry a signalé que l'homme qui met sa main sur le bras d'une femme pour la diriger vers la sortie [TRADUCTION] «accomplit simplement un acte de politesse qui est généralement accepté et courant dans une société civilisée, qu'elle y ait en fait consenti ou non». Un exemple encore plus patent est celui de certains sports où le contact physique est prévu, voire encouragé. Ces exemples montrent que, dans tous les cas, il faut se pencher sur le contexte pour comprendre le rôle du consentement.

105

While, for reasons already given, consent is not a well-developed concept in battery cases, it is closely related to the more familiar requirement in tort law that a given contact be "harmful or offensive" if it is to generate liability: see *M. (K.)*, *supra*, at p. 25. Unlike more traditional batteries, sexual activity by itself is not inherently harmful. Without denying the seriousness and frequency of sexual assault, the simple fact is that sexual activity — unlike being punched, stabbed, or shot — is usually consensual. It generally becomes harmful only if it is non-consensual, in the wider meaning of that word. Without trying to catalogue the vari-

Bien que, pour les motifs déjà donnés, la notion de consentement ne soit pas très développée en matière de voies de fait, elle est étroitement liée à l'exigence, mieux connue en droit de la responsabilité délictuelle, que le contact soit «préjudiciable ou noci[f]» pour qu'il y ait responsabilité: voir *M. (K.)*, précité, à la p. 25. Contrairement aux voies de fait plus traditionnelles, l'activité sexuelle n'est pas en soi préjudiciable. Sans nier la gravité et la fréquence des agressions sexuelles, il n'en demeure pas moins que l'activité sexuelle est — contrairement aux coups de poings, de couteau ou de feu — habituellement consensuelle. Elle

ous ways that consent may be vitiated, I note that *Norberg, supra*, established that simply because someone ostensibly consents to sexual activity does not mean that their consent is valid. See, generally, Feldthusen, "The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery", *supra*, at pp. 282-86.

That the "harmful or offensive" standard is a familiar one in tort law is shown by *Wiffin v. Kincard* (1807), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 471, 127 E.R. 713 (C.P.), and *Coward v. Baddeley* (1859), 4 H. & N. 478, 157 E.R. 927 (Ex.). In those cases, the courts determined that touching someone on the shoulder to get their attention is not a battery, even if the recipient objected to the contact. As Linden, *supra*, at p. 44, points out:

A line must be drawn between those contacts which are regarded as normal everyday events, which people must put up with in a crowded world, and those which are considered to be offensive and, therefore, unacceptable.

Klar, *supra*, at pp. 43-44, elaborates on this point:

The distinction between "hostile" and "friendly" contact seems to depend upon the standard of generally acceptable conduct in society. The test is objective: what would the reasonable person consider to be acceptable? Two recent English cases demonstrate this proposition. In the first, *Collins v. Wilcock*, [1984] 1 W.L.R. 1172 (Q.B.), the act of a police officer in taking hold of someone's arm to restrain her from walking off was deemed to constitute a battery. The test suggested by Goff L.J. was this: "whether the physical conduct so persisted in has in the circumstances gone beyond generally acceptable standards of conduct." *Ibid.*, at 1178. . . . In the second case, *Wilson v. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440 (C.A.), a schoolboy playfully pulled the schoolbag off the plaintiff's shoulder, causing him injury. In deciding whether this was a hostile touching and consequently a battery, Croom-Johnson L.J. . . . agreed that certain conduct must be judged as

devient généralement préjudiciable dans le seul cas où elle est non consensuelle, au sens le plus étendu de ce terme. Sans tenter de classer par catégorie les différentes manières dont le consentement peut être vicié, je remarque que, dans *Norberg, précité*, notre Cour a statué que le consentement ostensible à l'activité sexuelle n'est pas nécessairement valable. Voir, de façon générale, Feldthusen, «The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery», *loc. cit.*, aux pp. 282 à 286.

Il ressort des décisions *Wiffin v. Kincard* (1807), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 471, 127 E.R. 713 (C.P.), et *Coward v. Baddeley* (1859), 4 H. & N. 478, 157 E.R. 927 (Ex.), que la norme du caractère «préjudiciable ou nocif» est bien connue en droit de la responsabilité délictuelle. Dans ces affaires, les tribunaux ont statué que toucher une personne à l'épaule pour attirer son attention ne constituait pas des voies de fait, même lorsque la personne touchée s'était opposée au contact. Comme le juge Linden, *op. cit.*, le signale à la p. 44:

[TRADUCTION] Il faut faire une distinction entre les contacts qui sont considérés comme des actes de la vie quotidienne et que les gens doivent tolérer dans nos villes encombrées, et les contacts qui sont considérés comme offensants et qui sont donc inacceptables.

Klar, *op. cit.*, développe ce point aux pp. 43 et 44:

[TRADUCTION] La distinction entre le contact «malveillant» et le contact «amical» semble se fonder sur la norme du comportement généralement acceptable dans la société. Le critère est objectif: qu'est-ce qu'une personne raisonnable jugerait acceptable? Deux arrêts britanniques récents appuient ce point de vue. Dans le premier, *Collins v. Wilcock*, [1984] 1 W.L.R. 1172 (B.R.), le fait pour un policier de retenir une personne par le bras pour l'empêcher de quitter les lieux a été assimilé à des voies de fait. Le critère proposé par le lord juge Goff était le suivant: «il s'agit de savoir si le comportement physique a persisté de telle manière que, dans les circonstances, la norme du comportement généralement acceptable n'a pas été respectée.» *Ibid.*, à la p. 1178 [. . .] Dans le second, *Wilson v. Pringle*, [1986] 2 All E.R. 440 (C.A.), un écolier avait tiré en jouant le cartable que le demandeur portait à l'épaule et, ce faisant, l'avait blessé. Pour déterminer s'il s'agissait d'un contact malveillant et, par conséquent, de voies de fait, le lord juge Croom-Johnson [. . .] a convenu que cer-

“acceptable in the ordinary conduct of everyday life.”
[Emphasis added.]

tains comportements devaient être jugés «acceptables dans la vie ordinaire de tous les jours». [Je souligne.]

107

In England, courts have concluded that “[t]he absence of consent is so inherent in the notion of a tortious invasion of interests in the person that the absence of consent must be established by the plaintiff”: *Street on Torts* (10th ed. 1999), at p. 32. This issue was decided by *Freeman v. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589 (Q.B.), aff’d [1984] 1 All E.R. 1036 (C.A.), where the court held that a prisoner suing for battery because of therapeutic drug injections had the burden of proving non-consent. While it is not necessary in this appeal to decide whether the burden of proving non-consent will always rest on the plaintiff, I believe that it should for sexual battery. To repeat, sexual contact is only “harmful or offensive” when it is non-consensual. To succeed in an action for intentional battery, one must prove both that (a) the defendant intended to do the action; and (b) the reasonable person would have perceived that action as being harmful or offensive. For sexual activity, an action is harmful or offensive if it is non-consensual. Therefore in sexual battery, the trier of fact must be satisfied that the defendant intended to engage in sexual activity which a reasonable person would have perceived to be non-consensual.

En Angleterre, les tribunaux ont conclu que [TRADUCTION] «[l]’absence de consentement est si inhérente à la notion d’atteinte délictuelle aux droits de la personne qu’elle doit être établie par le demandeur»: *Street on Torts* (10^e éd. 1999), à la p. 32. Cette question a été tranchée dans *Freeman c. Home Office*, [1983] 3 All E.R. 589 (Q.B.), conf. par [1984] 1 All E.R. 1036 (C.A.), où le tribunal a jugé qu’il incombait au détenu intentant une poursuite pour voies de fait par suite de l’injection d’un médicament à des fins thérapeutiques de prouver l’absence de consentement. Même s’il n’est pas nécessaire, dans le cadre du présent pourvoi, de décider s’il incombe toujours au demandeur d’établir l’absence de consentement, je crois qu’il devrait avoir cette obligation dans le cas de voies de fait de nature sexuelle. Encore une fois, c’est l’absence de consentement qui rend le contact sexuel «préjudiciable ou nocif». Pour avoir gain de cause dans une poursuite pour voies de fait intentionnelles, il faut prouver à la fois a) que le défendeur avait l’intention de faire ce qu’il a fait et b) qu’une personne raisonnable aurait jugé l’action préjudiciable et nocive. Dans le cas d’une activité sexuelle, l’absence de consentement rend l’action préjudiciable et nocive. Par conséquent, en cas de voies de fait de nature sexuelle, le juge des faits doit être convaincu que le défendeur a eu l’intention de se livrer à des activités sexuelles qu’une personne raisonnable aurait jugées non consentuelles.

108

The New Zealand High Court came to the same conclusion in *H. v. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299, at p. 305:

In sexual abuse cases, a conceptual difficulty with the tort has been as to whether an absence of consent is an element of the tort, or a defence. It seems to me that to the extent that it has always been necessary for the plaintiff to prove a hostile intent to ground this tort, the burden of demonstrating a lack of consent must be surmounted by the plaintiff, of course on the civil standard. If that is so, lack of consent has always been, stricto sensu, an element of the offence.

La Haute Cour de la Nouvelle-Zélande est arrivée à la même conclusion dans *H. c. R.*, [1996] 1 N.Z.L.R. 299, à la p. 305:

[TRADUCTION] Dans le cas d’abus sexuels, une difficulté d’ordre conceptuel a été soulevée quant à savoir si l’absence de consentement était un élément constitutif du délit ou si le consentement était un moyen de défense. À mon avis, dans la mesure où on a toujours exigé du demandeur qu’il prouve l’intention malveillante pour étayer le délit allégué, il doit incomber au demandeur d’établir l’absence de consentement, selon la norme applicable au civil, bien entendu. Ainsi, l’absence de consentement a toujours été considérée, au sens strict, comme un élément constitutif de l’infraction.

In short, the appellant's attempt to convert an intentional tort into negligence because of the possibility that he lacked a subjective intent to injure must fail. Consent, in so far as it is concerned with whether something is harmful or offensive, is an objective standard. If the plaintiff can prove that the appellant failed to meet this standard, the latter is liable for intentional sexual battery, not negligence.

In summary, I would advance the following basic propositions. For there to be a duty to defend, there must be the possibility of a duty to indemnify. In the context of the pleadings in this case raising in substance a sexual assault through a sexual battery, the issue of consent produces two possible results for the purposes of the duty to defend, both of which are unfavourable to the appellant. If the consent of the plaintiff was present, then no claim of sexual battery is made out since the conduct of the appellant would not be regarded objectively as being harmful or offensive, and therefore the duty to indemnify would not arise because the plaintiff's claim has no possibility of success. See *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams*, 355 N.W.2d 421 (Minn. 1984), at p. 424. On the other hand, if consent of the plaintiff is absent, the conduct of the appellant would be actionable as an intentional tort of sexual battery. As I will discuss, *infra*, in such a case an intent to harm is inferred, the exclusion clause would apply, and there would be no duty to indemnify. There being no state of affairs in which there could be a duty to indemnify, the duty to defend does not apply.

I wish to emphasize that the foregoing should not be taken to endorse in any way the inappropriate stereotype that women are to be presumed willing partners to sexual activity. See *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 90; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 670; *R. v. Seaboyer*,

En somme, il y a lieu de rejeter la tentative de l'appelant de transformer un délit intentionnel en délit de négligence en raison de la possibilité qu'il n'ait pas eu d'intention subjective de causer un préjudice. Lorsqu'il s'agit de déterminer si un acte est préjudiciable ou nocif, le consentement constitue une norme objective. Si la demanderesse peut prouver que l'appelant a omis de satisfaire à cette norme, ce dernier est responsable de voies de fait de nature sexuelle intentionnelles, et non de négligence.

En résumé, je formulerais les propositions fondamentales suivantes. L'obligation de défendre dépend de l'obligation éventuelle d'indemniser. Vu le contexte de la présente espèce où la demanderesse allègue, en fait, une agression sexuelle qualifiée de voies de fait de nature sexuelle, la question du consentement débouche sur deux résultats possibles quant à l'obligation de défendre, et les deux sont défavorables à l'appelant. S'il y a eu consentement de la part de la demanderesse, les voies de fait de nature sexuelle ne peuvent être établies, car le comportement de l'appelant ne peut objectivement être considéré comme préjudiciable ou nocif, et il ne peut donc y avoir d'obligation d'indemniser, l'allégation de la demanderesse n'ayant aucune chance d'être retenue. Voir *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, 355 N.W.2d 421 (Minn. 1984), à la p. 424. Par contre, si la demanderesse n'a pas donné son consentement, le comportement de l'appelant fait naître une cause d'action pour le délit intentionnel de voies de fait de nature sexuelle. Comme je l'indique ci-après, dans un tel cas, l'intention d'infliger un préjudice est inférée, la clause d'exclusion s'applique et il n'y a aucune obligation d'indemniser l'assuré. Comme il n'existe aucun angle sous lequel les faits sont susceptibles de faire naître l'obligation d'indemniser l'assuré, il n'existe aucune obligation de le défendre.

J'insiste sur le fait que les propos qui précèdent n'appuient en rien le stéréotype non fondé selon lequel une femme est présumée consentir à l'activité sexuelle. Voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 90; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 670; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la

[1991] 2 S.C.R. 577, at p. 604; Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System, *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action* (1992). Nothing in these reasons should be read to the contrary. Putting the onus of proving lack of consent on the plaintiff simply recognizes that in the sexual assault context, “non-consensual” is equivalent to “harmful or offensive”; and the latter has always been an element of the plaintiff’s case.

p. 604; Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l’égalité des sexes dans le système de justice au Canada, *L’égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre* (1992). Les présents motifs ne doivent pas être interprétés en sens contraire. Exiger du demandeur qu’il prouve l’absence de consentement, c’est simplement reconnaître que, en matière d’agression sexuelle, «non consensuel» équivaut à «préjudiciable ou nocif», et cette dernière caractéristique a toujours été considérée comme un élément dont la preuve incombe au demandeur.

111 I would also emphasize that the plaintiff’s burden in a civil action to prove non-consent is much less onerous than the one faced by the prosecution in a criminal case. As Major J. noted in *R. v. Ewanchuk*, [1999] 1 S.C.R. 330, at para. 42, the *mens rea* of criminal sexual assault requires the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused was “knowing of, or being reckless of or wilfully blind to, a lack of consent on the part of the person touched”. To prove the civil tort of sexual battery, by contrast, one need only prove by a balance of probabilities that the defendant knew or ought to have known that the plaintiff did not consent.

J’insiste par ailleurs sur le fait que, dans le cadre d’une action civile, l’obligation du demandeur de prouver l’absence de consentement est beaucoup moins contraignante que celle du poursuivant en matière pénale. Comme l’a signalé le juge Major dans *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, au par. 42, la *mens rea* de l’agression sexuelle exige du ministère public qu’il prouve hors de tout doute raisonnable «la connaissance de [l’]absence de consentement [de la personne visée] ou l’insouciance ou l’aveuglement volontaire à cet égard». À l’opposé, pour prouver le délit civil de voies de fait de nature sexuelle, il faut seulement établir, suivant la prépondérance des probabilités, que le défendeur savait ou aurait dû savoir qu’il n’y avait pas de consentement de la part du demandeur.

112 The onus of proving consent will be largely of theoretical importance. To meet her initial burden, the plaintiff need simply allege that the sexual activity was non-consensual. The issue will then be the same regardless of where the onus lies: on the balance of probabilities, should the defendant have known that the plaintiff did not validly consent? The only time the plaintiff’s burden of pleading non-consent would be relevant is in those rare cases where, for whatever reason, the defence chooses to present no evidence. In such a case, having the onus on the plaintiff ensures that the defendant will only be liable if the plaintiff alleges, at a minimum, that the sexual activity was non-consensual. While the practical difference is thus minimal, I believe the theoretical one is important. Placing the onus of proving lack of consent on the

La charge de prouver le consentement revêt une importance hautement théorique. Pour s’acquitter de son fardeau de preuve initial, le demandeur n’a qu’à alléguer que l’activité sexuelle était non consensuelle. La question qui se pose alors est la même, que l’une ou l’autre des parties ait le fardeau de la preuve: suivant la prépondérance des probabilités, le défendeur aurait-il dû savoir que le consentement du demandeur n’était pas valable? Le seul cas où l’obligation du demandeur d’alléguer l’absence de consentement serait pertinente est celui où, chose rare, pour une raison ou une autre, la défense décide de ne présenter aucune preuve. Dans un tel cas, faire reposer le fardeau de la preuve sur le demandeur fait en sorte que le défendeur ne sera responsable que si le demandeur allégué, au moins, que l’activité sexuelle était non

plaintiff better reflects our traditional notions of tort law, as adapted to the relatively new tort of sexual battery.

Having concluded that in the context of sexual battery the “harmful or offensive” element is satisfied by showing lack of consent, I will now discuss whether the elements of a sexual battery claim necessarily prove an intent to injure on the part of the defendant. If a sexual battery claim requires proof of elements that also establish an intent to injure, then any successful claim would necessarily be excluded under the policy and there can be no duty to defend such a claim.

(b) *Are There Properly Pleaded Allegations of Sexual Battery that Could Trigger the Duty to Indemnify?*

As set out above, the first step is to determine whether there are properly pleaded allegations of sexual battery. In my opinion, this requirement is clearly satisfied. The plaintiff has alleged intentional sexual activity by the appellant, to which the plaintiff did not consent. Moreover, para. 117 of the statement of claim specifically alleges that “Scalera knew or ought to have known that [the plaintiff] did not consent to the Scalera sexual acts”. The next question is whether sexual battery necessarily implies an intent to injure sufficient to trigger the exclusion clause.

This Court was presented with this issue, in a different context, in *Norberg, supra*. In that case the Court split three ways on the appropriate characterization of the actions of a doctor who convinced a drug-addicted patient to engage in sexual acts with him in return for pills to which she was addicted. This issue is not before the Court in this

consensuelle. Bien que, en pratique, la différence soit minime, j’estime que la distinction théorique est importante. Exiger du demandeur qu’il prouve l’absence de consentement reflète mieux les notions traditionnelles de droit de la responsabilité délictuelle adaptées au délit relativement récent des voies de fait de nature sexuelle.

Après avoir conclu que, dans le contexte des voies de fait de nature sexuelle, le caractère «préjudiciable ou nocif» des actes est établi par la preuve de l’absence de consentement, j’analyserai maintenant la question de savoir si les éléments constitutifs de ce délit prouvent nécessairement l’intention du défendeur d’infliger un préjudice. Si la preuve d’éléments qui établissent par ailleurs l’intention d’infliger un préjudice est exigée, toute demande à laquelle il est fait droit serait nécessairement exclue suivant le libellé de la police, et l’assureur n’aurait aucune obligation d’y opposer une défense.

b) *Existe-t-il des allégations adéquatement formulées de voies de fait de nature sexuelle susceptibles de faire naître l’obligation d’indemniser?*

Comme je l’indique précédemment, la première étape consiste à déterminer s’il existe des allégations adéquatement formulées de voies de fait de nature sexuelle. À mon avis, tel est manifestement le cas. La demanderesse a allégué l’activité sexuelle intentionnelle de l’appelant, à laquelle elle n’a pas consenti. De plus, au par. 117 de sa déclaration, elle affirme précisément que [TRADUCTION] «Scalera savait ou aurait dû savoir que [la demanderesse] ne consentait pas aux actes sexuels». La question qui se pose dès lors est de savoir si les voies de fait de nature sexuelle supposent nécessairement une intention d’infliger un préjudice suffisante pour que la clause d’exclusion s’applique.

Notre Cour a été appelée à trancher cette question, dans un contexte différent, dans l’arrêt *Norberg*, précité. Dans cette affaire, l’opinion des juges était partagée sur la façon de qualifier les actes d’un médecin qui avait convaincu une patiente pharmacodépendante d’avoir des rapports sexuels avec lui en échange du médicament faisant

113

114

115

appeal. However, I will assume all three approaches set out in that case — sexual battery, breach of duty, and breach of fiduciary duty — are possible.

l'objet de la dépendance. Notre Cour n'est pas appelée à trancher cette question en l'espèce. Cependant, je tiens pour acquis que les trois angles d'analyse adoptés dans cette affaire, savoir les voies de fait de nature sexuelle, le manquement à une obligation et le manquement à l'obligation fiduciaire, sont possibles.

116 Writing for himself, Gonthier and Cory JJ., La Forest J. concluded that Wynrib's conduct amounted to sexual assault. Drawing an analogy to contract law, La Forest J. concluded that consent may be vitiated where "there is an overwhelming imbalance in the power relationship between the parties" (p. 248). If there was no valid consent, Wynrib was liable for battery.

S'exprimant également au nom des juges Gonthier et Cory, le juge La Forest s'est dit d'avis que les actes de Wynrib équivalaient à une agression sexuelle. Par analogie avec le droit des contrats, il a affirmé que le consentement pouvait être vicié «lorsqu'il y a inégalité écrasante du rapport de force entre les parties» (p. 248). En l'absence d'un consentement valable, Wynrib pouvait être tenu responsable de voies de fait.

117 What La Forest J.'s reasons left undecided is whether or not Wynrib had any intent to harm, or indeed whether such intent is necessary for sexual battery. La Forest J. did not inquire into subjective intent to harm, but instead focused on the presence or absence of valid consent. This approach is consistent with the few reported lower court decisions addressing sexual assault. For example, in *M. (M.) v. K. (K.)* (1989), 61 D.L.R. (4th) 392 (B.C.C.A.), the court concluded that notwithstanding the fact that the victim initiated the sexual contact, there could be no valid consent between a 41-year-old man and his 15-year-old foster daughter. *Harder v. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (B.C.S.C.), and *Lyth v. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (B.C.S.C.), similarly declined to consider intention to harm, instead finding that consent was vitiated by the extreme power imbalances in the relationships.

La question que les motifs du juge La Forest n'ont pas réglée est celle de savoir si Wynrib avait eu quelque intention d'infliger un préjudice ou, en fait, si cette intention était nécessaire pour qu'il y ait voies de fait de nature sexuelle. Le juge La Forest n'a pas examiné la question de l'intention subjective d'infliger un préjudice, mais a plutôt mis l'accent sur la présence ou l'absence d'un consentement valable. Cette démarche est compatible avec les quelques décisions publiées par les juridictions inférieures relativement à des affaires d'agression sexuelle. Par exemple, dans *M. (M.) c. K. (K.)* (1989), 61 D.L.R. (4th) 392 (C.A.C.-B.), la cour a décidé que, même si la victime avait été l'instigatrice des contacts sexuels, il ne pouvait y avoir de consentement valable entre un homme de 41 ans et sa fille nourricière de 15 ans. Dans *Harder c. Brown* (1989), 50 C.C.L.T. 85 (C.S.C.-B.), et *Lyth c. Dagg* (1988), 46 C.C.L.T. 25 (C.S.C.-B.), le tribunal a également refusé de prendre en considération l'intention d'infliger un préjudice, et a plutôt statué que le consentement n'était pas valable en raison du déséquilibre marqué du rapport de force entre les intéressés.

118 One conclusion that could be drawn from these cases is that sexual battery requires no intent to harm, only the absence of consent. If this is correct, the exclusion clause would not necessarily apply to a sexual battery claim, and the respondent would have a duty to defend. However, in my view

On peut tirer de ces décisions la conclusion que les voies de fait de nature sexuelle n'exigent pas que soit prouvée l'intention d'infliger un préjudice, mais seulement l'absence de consentement. Si cette conclusion est juste, la clause d'exclusion ne s'appliquerait pas nécessairement à la poursuite

this interpretation is not correct. Consent, linked as it is to the “harmful or offensive” standard, as already discussed, is an objective standard. Sexual battery requires an objective set of circumstances such that the defendant either knew or should have known that there was no valid consent.

Leaving aside the physical injuries that can be inflicted by sexual assault, there can be no question that it occasions untold injury to the victim’s dignity, physical integrity, and psychological well-being. The same facts that prove lack of consent will prove intent to injure; this follows because if a reasonable person should have known there was no consent, the law will not excuse that person’s failure to perceive the lack of consent. On the other hand, a defendant will not be liable for sexual assault if there was no way for him or her to know that the victim did not, or could not, consent to sexual activity.

This Court has recognized the grave harm occasioned by sexual assault. For example, in *R. v. McCraw*, [1991] 3 S.C.R. 72, the Court held that threats of rape amounted to threats of serious bodily harm, within the meaning of s. 264.1(1)(a) of the *Criminal Code*. Cory J. aptly summarized the harm inherent in non-consensual sexual activity, at pp. 83-84:

It seems to me that to argue that a woman who has been forced to have sexual intercourse has not necessarily suffered grave and serious violence is to ignore the perspective of women. For women rape under any circumstance must constitute a profound interference with their physical integrity. As well, by force or threat of force, it denies women the right to exercise freedom of choice as to their partner for sexual relations and the timing of those relations. These are choices of great importance that may have a substantial effect upon the life and health of every woman. Parliament’s intention in replacing the rape laws with the sexual assault offences was to convey the message that rape is not just a sexual act but is basically an act of violence. See K.

relative à un tel délit, et l’intimé aurait l’obligation de défendre l’assuré. Cependant, cette interprétation n’est pas juste selon moi. Comme je l’indique précédemment, le consentement est lié au caractère «préjudiciable ou nocif» et il constitue donc une norme objective. Les voies de fait de nature sexuelle exigent un ensemble objectif de circonstances selon lesquelles le défendeur savait ou aurait dû savoir que le consentement n’était pas valable.

Mis à part le préjudice corporel qui peut être infligé à la victime d’une agression sexuelle, il ne fait aucun doute que l’infraction porte un préjudice indescriptible à la dignité, à l’intégrité physique et au bien-être psychologique de la victime. Les faits qui établissent l’absence de consentement prouvent également l’intention d’infliger un préjudice. Il en est ainsi parce que, si une personne raisonnable aurait dû conclure à l’absence de consentement, la loi n’excusera pas l’omission de cette personne de percevoir l’absence de consentement. Par contre, le défendeur ne sera pas tenu responsable d’une agression sexuelle s’il ne disposait d’aucun moyen de savoir que la victime ne consentait pas à l’activité sexuelle ou ne pouvait y consentir.

Notre Cour a reconnu le grave préjudice découlant d’une agression sexuelle. Par exemple, dans *R. c. McCraw*, [1991] 3 R.C.S. 72, elle a jugé qu’une menace de viol équivalait à une menace de lésions corporelles graves au sens de l’al. 264.1(1)a) du *Code criminel*. Le juge Cory a fort bien résumé le préjudice inhérent à l’activité sexuelle non consensuelle, aux pp. 83 et 84:

Il me semble que le fait de soutenir qu’une femme qui a été obligée d’avoir des rapports sexuels n’a pas nécessairement subi une violence grave ne tient pas compte du point de vue des femmes. Pour les femmes, le viol dans toutes les circonstances doit constituer une grave atteinte à leur intégrité physique. De même, par le recours à la force ou la menace de recours à la force, le viol enlève aux femmes le droit d’exercer la liberté de choisir leur partenaire sexuel et le moment de ces rapports. Il s’agit de choix d’une grande importance qui peuvent avoir un effet considérable sur la vie et la santé de chaque femme. L’intention du législateur lorsqu’il a remplacé les dispositions concernant le viol par les infractions en matière d’agression sexuelle était de

119

120

Mahoney, "R. v. *McCraw*: Rape Fantasies v. Fear of Sexual Assault" (1989), 21 *Ottawa L. Rev.* 207, at pp. 215-16.

See also *Osolin*, *supra*, at p. 669; *Ewanchuk*, *supra*, at para. 69 (*per* L'Heureux-Dubé J.). While *McCraw* was concerned with forcible rape, I do not think the harm is any less real just because the victim has been coerced into sex by mental as opposed to physical means. It can hardly be disputed, I think, that any type of non-consensual sex clearly evinces an intent to harm the victim thereof.

121

In the considerable jurisprudence on the point, most U.S. courts have reached the same conclusion. The majority of these cases have involved sexual assaults of children. Courts have had little difficulty in concluding that defendants in these cases are presumed to intend harm to their victims — notwithstanding the fact that "males who are involved in such activities do not expect or intend that the females will sustain any injury": *CNA Insurance Co. v. McGinnis*, 666 S.W.2d 689 (Ark. 1984), at p. 690. See also *B.B. v. Continental Insurance Co.*, 8 F.3d 1288 (8th Cir. 1993); *J.C. Penney Casualty Insurance Co. v. M.K.*, 804 P.2d 689 (Cal. 1991); *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber*, *supra*; *State Farm Fire & Casualty Co. v. D.T.S.*, 867 S.W.2d 642 (Mo. Ct. App. 1993); *American States Insurance Co. v. Borbor*, 826 F.2d 888 (9th Cir. 1987); *Troelstrup v. District Court*, 712 P.2d 1010 (Colo. 1986) (*en banc*); *Rodriguez v. Williams*, 729 P.2d 627 (Wash. 1986) (*en banc*); *Linebaugh v. Berdish*, *supra*; *Horace Mann Insurance Co. v. Independent School District No. 656*, 355 N.W.2d 413 (Minn. 1984). These cases are obviously much easier than the present appeal. It is difficult to imagine someone successfully arguing that they intended no harm from sex with someone too young to consent to sexual activity.

transmettre le message que le viol n'est pas simplement un acte sexuel mais est fondamentalement un acte de violence. Voir K. Mahoney, «R. v. *McCraw*: Rape Fantasies v. Fear of Sexual Assault» (1989), 21 *R. de D. d'Ottawa* 207, aux pp. 215 et 216.

Voir également *Osolin*, précité, à la p. 669, et *Ewanchuk*, précité, au par. 69 (le juge L'Heureux-Dubé). Bien que l'arrêt *McCraw* portait sur le viol avec usage de la force, je ne crois pas que le préjudice soit moins réel uniquement parce que la victime a été contrainte psychologiquement, et non physiquement, à des rapports sexuels. Je crois qu'on peut difficilement nier que l'intention d'infliger un préjudice sous-tend clairement tout genre d'activité sexuelle non consensuelle.

Il ressort de la jurisprudence abondante sur la question que la plupart des tribunaux américains sont arrivés à la même conclusion. La majorité de ces affaires traitaient d'agression sexuelle contre un enfant. Les tribunaux n'ont pas hésité à dire que les défendeurs dans ce genre d'affaires sont présumés avoir voulu infliger un préjudice à leurs victimes — malgré le fait que [TRADUCTION] «les hommes qui se livrent à de tels actes ne s'attendent pas à ce que les femmes subissent un préjudice ni ne veulent leur en infliger un»: *CNA Insurance Co. c. McGinnis*, 666 S.W.2d 689 (Ark. 1984), à la p. 690. Voir également *B.B. c. Continental Insurance Co.*, 8 F.3d 1288 (8th Cir. 1993); *J.C. Penney Casualty Insurance Co. c. M.K.*, 804 P.2d 689 (Cal. 1991); *Horace Mann Insurance Co. c. Leeber*, précité; *State Farm Fire & Casualty Co. c. D.T.S.*, 867 S.W.2d 642 (Mo. Ct. App. 1993); *American States Insurance Co. c. Borbor*, 826 F.2d 888 (9th Cir. 1987); *Troelstrup c. District Court*, 712 P.2d 1010 (Colo. 1986) (*en formation plénière*); *Rodriguez c. Williams*, 729 P.2d 627 (Wash. 1986) (*en formation plénière*); *Linebaugh c. Berdish*, précité; *Horace Mann Insurance Co. c. Independent School District No. 656*, 355 N.W.2d 413 (Minn. 1984). Il était manifestement plus facile de trancher dans ces affaires qu'en l'espèce. Il est difficile d'imaginer qu'on puisse faire droit à l'argument voulant qu'une personne n'ait pas voulu infliger un préjudice en ayant des rapports sexuels avec une personne trop jeune pour y consentir.

While there is more of a divergence of opinion when it comes to assaults on adults, some U.S. courts have also inferred an intent to harm in these cases. For example, in *State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams, supra*, the court denied insurance coverage to someone who had sexually assaulted a man with cerebral palsy who was confined to a wheelchair. The court first examined cases involving assaults on minors, and concluded as follows, at p. 424:

Does the fact that Williams, the victim, was an adult distinguish this case? We think not. Neither the insured nor the insurer in entering into the insurance contract contemplated coverage against claims arising out of non-consensual sexual assaults. On the other hand, if the sexual contacts were consensual, as asserted by respondent Keller, there would be no assault and hence no claim for recovery.

See also *Houg, supra*; *Altena v. United Fire and Casualty Co.*, 422 N.W.2d 485 (Iowa 1988); and D. S. Florig, "Insurance Coverage for Sexual Abuse or Molestation" (1995), 30 *Tort & Ins. L.J.* 699.

Finally, I would note that the Canadian case most directly on point has reached a similar conclusion. *Wilkieson-Valiente v. Wilkieson*, [1996] I.L.R. ¶1-3351 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), involved an action by a young girl against her stepfather. The court disagreed with the defendant's assertion that "it is possible to commit a sexual assault without necessarily 'intending' injury" (p. 4132). Instead, the court concluded as follows at p. 4133:

It may be conceivable, in rare circumstances, to commit a sexual assault without an intent to cause any psychological harm, (such as in the case of a transitory touching of a sleeping or unconscious victim). However, bearing in mind that "intentionally" does not refer to "desired result" but "awareness of possible result" such cases will be rare indeed. Particularly, as here, where the pleadings claim repeated sexual assaults over a period of many years on a victim who is a child, it is inconceivable that any right-thinking person would not be fully

Bien qu'ils soient moins unanimes en ce qui concerne l'agression d'un adulte, certains tribunaux américains y voient également l'intention d'infliger un préjudice. Par exemple, dans *State Farm Fire and Casualty Co. c. Williams*, précité, le tribunal a statué qu'une personne ayant agressé sexuellement un homme atteint d'infirmité motrice cérébrale et confiné à un fauteuil roulant ne pouvait bénéficier de la garantie de l'assurance. Il a tout d'abord examiné des décisions relatives à l'agression de mineurs et a conclu, à la p. 424:

[TRADUCTION] Le fait que la victime, Williams, était un adulte établit-il une distinction en l'espèce? Nous ne le croyons pas. En passant le contrat d'assurance, ni l'assuré ni l'assureur n'ont envisagé que la garantie s'applique à une poursuite pour agression sexuelle non consensuelle. Par contre, si les contacts sexuels ont été consensuels comme le prétend l'intimé Keller, il n'y aurait pas eu d'agression et, partant, aucune demande d'indemnisation n'aurait été présentée.

Voir également *Houg*, précité; *Altena c. United Fire and Casualty Co.*, 422 N.W.2d 485 (Iowa 1988), et D. S. Florig, «Insurance Coverage for Sexual Abuse or Molestation» (1995), 30 *Tort & Ins. L.J.* 699.

Enfin, je signale que la décision canadienne portant le plus directement sur la question comporte une conclusion semblable. Dans l'affaire *Wilkieson-Valiente c. Wilkieson*, [1996] I.L.R. ¶1-3351 (C. Ont. (Div. gén.)), une action avait été intentée par une fillette contre son beau-père. Le tribunal s'est dit en désaccord avec la prétention du défendeur selon laquelle [TRADUCTION] «il est possible de commettre une agression sexuelle sans avoir nécessairement l'"intention" d'infliger un préjudice» (p. 4132). Le tribunal a plutôt conclu, à la p. 4133:

[TRADUCTION] On peut concevoir que, dans des circonstances très particulières, une agression sexuelle puisse être perpétrée sans que l'agresseur n'ait l'intention de causer un préjudice psychologique (comme dans le cas d'attouchements furtifs pendant que la victime dort ou est sans connaissance). Cependant, si on garde présent à l'esprit que l'«intention» ne renvoie pas au «résultat souhaité», mais à la «conscience d'un résultat possible», de telles circonstances sont effectivement très rares. En l'espèce tout particulièrement, où un enfant aurait été

aware of the possible, indeed probable consequences of such conduct; that is, psychological harm to the victim.

victime d'agressions sexuelles répétées pendant plusieurs années, il est inconcevable qu'une personne douée de raison puisse ne pas être pleinement consciente des conséquences possibles, voire probables, d'un tel comportement, c'est-à-dire le préjudice psychologique infligé à la victime.

124 Unlike the Court in *Wilkieon-Valiente*, *supra*, I cannot accept that one can commit sexual assault without an intent to harm: see Linden, *supra*, at p. 45; *Restatement (Second) of Torts*, § 18 cmt. d (1965). Even if the victim is unconscious, the perpetrator has still violated another person's physical integrity. However, I agree that to prove sexual assault, a plaintiff must prove sufficient culpability on the part of the defendant that an intent to harm follows. Accordingly, the exclusion clause must apply, and the respondent has no duty to defend the plaintiff's claim of sexual battery.

Contrairement au tribunal saisi de cette affaire, je ne puis admettre qu'une personne puisse se livrer à une agression sexuelle sans avoir l'intention d'infliger un préjudice: voir Linden, *op. cit.*, à la p. 45; *Restatement (Second) of Torts*, § 18 cmt. d. (1965). L'agression porte atteinte à l'intégrité physique de la victime même lorsque cette dernière est sans connaissance. Cependant, je concède que, pour prouver l'agression sexuelle, la demanderesse doit établir que le défendeur avait une intention coupable suffisante pour qu'on puisse en inférer l'intention d'infliger un préjudice. Par conséquent, la clause d'exclusion doit s'appliquer et l'intimé n'a aucune obligation d'opposer une défense à la poursuite pour voies de fait de nature sexuelle intentée par la demanderesse.

(ii) Negligent Battery

(ii) Voies de fait imputables à la négligence

(a) *Elements of Negligent Battery*

a) *Éléments constitutifs des voies de fait imputables à la négligence*

125 Klar, *supra*, defines negligent battery at p. 47:

Klar, *op. cit.*, définit ainsi les voies de fait imputables à la négligence, à la p. 47:

A negligent battery exists when the defendant causes a direct, offensive, physical contact with the plaintiff as a result of negligent conduct. The defendant's negligence consists of unreasonably disregarding a foreseeable risk of contact, even though the contact was neither desired nor substantially certain to occur.

[TRADUCTION] Il y a voies de fait imputables à la négligence lorsque, par son comportement négligent, le défendeur est à l'origine d'un contact physique direct et nocif avec le demandeur. La négligence du défendeur consiste à faire fi déraisonnablement d'un risque prévisible de contact, même si le contact n'était pas souhaité ou qu'il n'y avait pas de quasi-certitude qu'il se produise.

The plaintiff has also alleged breach of duty, which is essentially negligence. In *Norberg*, *supra*, Sopinka J. relied on this theory to find Dr. Wynrib liable to Ms. Norberg. However, his reasoning was based on the professional duty owed by a physician to a patient. No such duty was alleged in the present appeal. Instead, and absent any particularized pleading by the plaintiff, I must presume that

La demanderesse a également allégué un manquement à une obligation qui équivaut essentiellement à la négligence. Dans *Norberg*, précité, le juge Sopinka s'est fondé sur cette théorie pour conclure à la responsabilité du Dr Wynrib envers M^{me} Norberg. Cependant, son raisonnement s'appuyait sur l'obligation professionnelle du médecin vis-à-vis d'un patient. Aucune des parties n'allègue l'existence d'une telle obligation en l'espèce. Vu que la demanderesse n'a pas formulé d'allégation précise

she is relying on a traditional negligent battery theory.

As Klar's definition makes clear, the "negligence" in negligent battery refers only to the "risk of contact". One might commit negligent battery by carelessly stretching one's arms, thereby striking someone. More commonly, negligent battery cases have involved projectiles. See *Cook, supra*; *Ellison v. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21 (Ont. H.C.); *Hatton v. Webb* (1977), 81 D.L.R. (3d) 377 (Alta. Dist. Ct.). The important point is that negligent battery is concerned with the physical consequences of one's actions. However, the appellant has not disputed the physical consequence of his actions for the purposes of this appeal. He has, appropriately, assumed the truth of the allegations contained in the plaintiff's Statement of Claim, which asserts that he intended to have sexual relations with the plaintiff. The only question is whether it was consensual, which is determined on an objective standard, as I have explained above.

I therefore do not find *Co-operative Fire & Casualty Co. v. Saindon, supra*; *Newcastle (Town) v. Mattatall* (1988), 52 D.L.R. (4th) 356 (N.B.C.A.); *Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan Board of Education v. Schatz* (1986), 18 C.C.L.I. 232 (Sask. C.A.), and *Devlin v. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 444 (Alta. C.A.), to be relevant. These cases are not helpful in the present appeal, as they all involved unforeseen physical consequences of the actions of the insured, and asked whether the result was "substantially certain" given the defendant's actions. The "substantial certainty" test, focusing as it does on physical consequences, has no bearing on the issue of consent. The case at bar involves deciding solely whether the plaintiff validly consented to the appellant's actions. A negligent battery is properly pleaded only if the plaintiff alleges that the appellant was negligent as to the physical consequences of his actions; in other words, that he did not intend for sexual contact to

en ce sens, je dois plutôt présumer qu'elle invoque la théorie traditionnelle des voies de fait imputables à la négligence.

Comme la définition proposée par Klar le précise, la «négligence» renvoie uniquement en ce cas au «risque [...] de contact». Une personne pourrait se livrer à des voies de fait imputables à la négligence lorsqu'en étirant négligemment les bras elle frappe quelqu'un. Plus couramment, ce type de voies de fait a comporté l'utilisation de projectiles. Voir *Cook*, précité; *Ellison c. Rogers* (1967), 67 D.L.R. (2d) 21 (H.C. Ont.); *Hatton c. Webb* (1977), 81 D.L.R. (3d) 377 (C. dist. Alb.). Il importe de retenir que les conséquences physiques des actes d'une personne sont l'élément déterminant pour ce type de voies de fait. Toutefois, l'appelant n'a pas contesté les conséquences physiques de ses actes aux fins du présent pourvoi. Il a, à juste titre, tenu pour avérées les allégations contenues dans la déclaration de la demanderesse, selon lesquelles il voulait avoir des rapports sexuels avec celle-ci. La seule question qui se pose est celle du consentement, question qui, comme je l'ai expliqué plus haut, est tranchée selon une norme objective.

Par conséquent, j'estime que les arrêts *Co-operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, précité; *Newcastle (Town) c. Mattatall* (1988), 52 D.L.R. (4th) 356 (C.A.N.-B.); *Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan Board of Education c. Schatz* (1986), 18 C.C.L.I. 232 (C.A. Sask.), et *Devlin c. Co-operative Fire & Casualty Co.* (1978), 90 D.L.R. (3d) 444 (C.A. Alb.), ne sont pas pertinents. Ils ne sont pas utiles aux fins du présent pourvoi puisqu'ils portent tous sur les conséquences physiques imprévues des actes de l'assuré et que la question était de savoir si le résultat découlant de ces actes était «quasiment certain». Le critère de la «quasi-certitude», qui met l'accent sur les conséquences physiques, ne s'applique pas au consentement. La présente affaire exige uniquement que l'on détermine si la demanderesse a donné un consentement valable aux actes de l'appelant. L'allégation de voies de fait imputables à la négligence n'est adéquatement formulée que si la demanderesse soutient que l'appelant a fait preuve

126

127

occur. As explained above, lack of intention to have non-consensual sex is more properly construed as going to the “harmful or offensive” element of intentional battery, and will not found a claim for negligent battery. Therefore negligent battery will only be relevant if the pleadings allege that the appellant negligently harmed the plaintiff by disregarding a foreseeable risk of physical contact. No such allegation has been made. As the court said in *Pistolesi v. Nationwide Mutual Fire Insurance Co.*, 644 N.Y.S.2d 819 (App. Div. 1996), at p. 820:

... the mere allegation that the injuries were the unintended result of an intentional act does not convert the cause of action from one sounding in intentional tort to one sounding in negligence. . . .

(b) *Are There Properly Pleaded Allegations of Negligent Battery That Could Trigger the Duty to Indemnify?*

128 Once again, the first step is to determine whether negligent battery was properly pleaded. I have concluded that it was not. As discussed above, negligent battery occurs when the defendant causes harm by negligently disregarding a foreseeable risk of physical contact. The plaintiff has not alleged such conduct; both parties have assumed, for the purposes of this appeal, that the appellant intended to have sexual contact with the plaintiff. Since there is no properly pleaded allegation of negligent battery, it is unnecessary to determine whether the exclusion clause would apply to such a claim.

(iii) Negligent Misrepresentations

129 Aside from the vague assertions of “breach of duty”, the appellant notes that the plaintiff has

de négligence à l’égard des conséquences physiques de ses actes, c’est-à-dire qu’il n’avait pas l’intention que les contacts sexuels aient lieu. Comme je l’explique précédemment, l’absence d’intention d’avoir des rapports sexuels non consensuels relève davantage du caractère «préjudiciable ou nocif» des actes, lequel est un élément constitutif des voies de faits intentionnelles, et elle ne saurait étayer une allégation de négligence à cet égard. Par conséquent, la négligence ne serait pertinente que si la demanderesse prétendait que l’appelant, en raison de sa négligence, lui a infligé un préjudice en faisant fi du risque prévisible de contact physique. Aucune allégation n’a été faite en ce sens. Comme le tribunal l’a dit dans *Pistolesi c. Nationwide Mutual Fire Insurance Co.*, 644 N.Y.S.2d 819 (App. Div. 1996), à la p. 820:

[TRADUCTION] . . . la simple allégation voulant que le préjudice soit le résultat imprévu d’un acte intentionnel ne transforme pas la cause d’action fondée sur le délit intentionnel en une cause d’action fondée sur la négligence. . .

b) *Existe-t-il des allégations adéquatement formulées de voies de fait imputables à la négligence susceptibles de faire naître l’obligation d’indemniser?*

À nouveau, la première étape consiste à déterminer si l’allégation de voies de fait imputables à la négligence est adéquatement formulée. Ce n’est pas le cas selon moi. Je le répète, il n’y a de voies de fait imputables à la négligence que lorsque le défendeur inflige un préjudice en faisant fi, par négligence, du risque prévisible qu’un contact physique ait lieu. La demanderesse n’a pas allégué un tel comportement; les deux parties ont tenu pour acquis, aux fins du présent pourvoi, que l’appelant voulait avoir des contacts sexuels avec la demanderesse. Étant donné l’absence d’allégation adéquatement formulée de voies de fait imputables à la négligence, il n’est pas nécessaire de déterminer si la clause d’exclusion s’appliquerait à une telle allégation.

(iii) Déclarations inexactes faites par négligence

L’appelant signale que non seulement la demanderesse a fait de vagues assertions concernant le

alleged negligent acts independent of the sexual assault. For example, the statement of claim alleges negligent misrepresentations. It is unnecessary to spend much time on this issue. It is well established that one can be liable for damages to personal security caused by negligent statements, as well as acts:

A statement of fact, on which the plaintiff relied, would give rise to liability if (i) it were inaccurate as a result of negligence (and *a fortiori* deceit); and (ii) it caused physical injury to the plaintiff or damage to his property.

(Fridman, *supra*, at p. 263.)

See also Klar, *supra*, at p. 177; *M'Alister v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at pp. 580-81 (*per* Atkin L.J.).

Assuming without deciding that negligent misrepresentation has been properly pleaded here, I find that these claims are entirely derivative of the intentional sexual battery, and are thus subsumed into the latter for the purposes of the exclusion clause. The statement of claim alleges that the misrepresentations were designed to seduce the plaintiff, and convince her to engage in sexual activity with the appellant. As such, they were entirely subservient to the sexual battery. They arise from the same actions and cause the same harm. Indeed, para. 111 of the plaintiff's statement of claim alleges that the appellant "made the Scalera Representations intending to persuade [the plaintiff] to submit to the Scalera sexual acts". The West Virginia Supreme Court of Appeals reached the same conclusion in *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber*, *supra*, at p. 587, where an exclusion clause applied in spite of allegations of negligent seduction of a student by a teacher. The court concluded that the allegations of "negligence" in the complaint were

a transparent attempt to trigger insurance coverage by characterizing allegations of [intentional] tortious con-

«manquement à une obligation», mais qu'elle a également invoqué des actes de négligence indépendants de l'agression sexuelle. Par exemple, la déclaration renferme une allégation de déclarations inexactes faites par négligence. Il n'est pas nécessaire de s'attarder longuement à cette question. Il est bien établi qu'une personne peut être tenue responsable du préjudice infligé à la sécurité personnelle par suite de déclarations négligentes ou d'actes empreints de négligence:

[TRADUCTION] Un énoncé de faits sur lequel le demandeur se serait fondé engagerait la responsabilité (i) s'il était inexact en raison d'une négligence (et, *a fortiori*, s'il était trompeur) et (ii) s'il avait causé un préjudice corporel au demandeur ou endommagé ses biens.

(Fridman, *op. cit.*, à la p. 263.)

Voir également Klar, *op. cit.*, à la p. 177; *M'Alister c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), aux pp. 580 et 581 (le lord juge Atkin).

À supposer, sans en décider, qu'une allégation de déclaration inexacte faite par négligence ait été adéquatement formulée en l'espèce, je suis d'avis qu'une telle allégation est entièrement dérivée de celle de voies de fait de nature sexuelle intentionnelles et est donc subsumée sous cette dernière aux fins de l'application de la clause d'exclusion. Dans sa déclaration, la demanderesse allègue que les déclarations inexactes visaient à la séduire et à la convaincre d'avoir des rapports sexuels avec l'appelant. Elles étaient donc totalement subordonnées aux voies de fait de nature sexuelle. Les allégations s'y rapportant découlent des mêmes faits et elles ont causé le même préjudice. En fait, au par. 111 de sa déclaration, la demanderesse allègue que l'appelant [TRADUCTION] «a fait ses affirmations afin d'amener [la demanderesse] à se soumettre aux actes sexuels». La Supreme Court of Appeals de la Virginie-Occidentale est arrivée à la même conclusion dans *Horace Mann Insurance Co. c. Leeber*, précité, à la p. 587, où la clause d'exclusion s'appliquait malgré les allégations de séduction, par négligence, d'une élève par un enseignant. La cour a dit que les allégations de «négligence» contenues dans la plainte constituent

[TRADUCTION] une tentative manifeste d'obtenir l'application de la garantie d'assurance en imputant à la

duct under the guise of 'negligent' activity. [Insertion in *Leeber*, quoting *Linebaugh*, *supra*, at p. 406.]

I reach the same conclusion in this appeal. While courts must be careful not to restrict pleading in the alternative unduly and should only subsume allegations of negligence that are clearly derivative of the intentional tort, I conclude that this is one of those cases. The plaintiff has clearly alleged intentional conduct by the appellant. Without ruling out the possibility that the plaintiff's pleadings could support claims of both intention and negligence as a matter of tort law, I conclude as a matter of insurance law that the negligent claims are subsumed for the purposes of the exclusion clause. The allegations of negligent misrepresentation are derivative of the intentional sexual assault claims, and cannot trigger the duty to defend.

(iv) Breach of Fiduciary Duty

131 The final approach to allegations of sexual misconduct in *Norberg*, *supra*, was the fiduciary duty route taken by McLachlin J., L'Heureux-Dubé J. concurring. They concluded that the duty owed from a doctor to the patient met the test for fiduciary relationships set out by Wilson J. in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 136. No doubt relying on these reasons, the plaintiff has also alleged breach of fiduciary duties against the appellant.

132 Without commenting on whether the relationship between the appellant and the plaintiff could potentially be characterized as a fiduciary one, the plaintiff's claims for breach of fiduciary duty are excluded much for the same reasons as the negligence claims. Looking beyond the label to what is actually alleged in the pleadings, and without expressing any opinion on the validity of a fiduciary duty claim on the facts of this appeal, there are no facts pleaded to suggest that the breach of fidu-

«négligence» un comportement délictueux [intentionnel]. [Ajout dans *Leeber*, citant *Linebaugh*, précité, à la p. 406.]

J'arrive à la même conclusion en l'espèce. Bien que les tribunaux doivent s'efforcer de ne pas restreindre indûment les arguments subsidiaires et qu'ils doivent subsumer seulement les allégations de négligence qui sont manifestement dérivées du délit intentionnel, je suis d'avis qu'il s'agit d'un tel cas en l'espèce. La demanderesse a expressément allégué que l'appelant avait agi intentionnellement. Sans rejeter la possibilité que les actes de procédure de la demanderesse puissent étayer à la fois l'intention et la négligence en droit de la responsabilité délictuelle, j'estime que, en matière de droit des assurances, les allégations de négligence sont subsumées aux fins de l'application de la clause d'exclusion. Les allégations de déclarations inexactes faites par négligence sont dérivées des allégations de voies de fait de nature sexuelle intentionnelles et ne peuvent faire naître l'obligation de défendre.

(iv) Manquement à l'obligation fiduciaire

Le dernier angle sous lequel ont été analysées les allégations d'inconduite sexuelle formulées dans *Norberg*, précité, était celui de l'obligation fiduciaire utilisé par le juge McLachlin, avec l'appui du juge L'Heureux-Dubé. Elles ont affirmé que l'obligation d'un médecin envers son patient pouvait être qualifiée de fiduciaire selon les critères énoncés par le juge Wilson dans *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 136. S'appuyant sans aucun doute sur ces motifs, la demanderesse a allégué entre autres le manquement de l'appelant à son obligation fiduciaire.

Sans me prononcer quant à savoir si le lien entre l'appelant et la demanderesse pourrait être qualifié de fiduciaire, j'estime que les allégations de manquement à l'obligation fiduciaire sont exclues essentiellement pour les mêmes motifs que les allégations de négligence. Si l'on va au-delà de la terminologie pour n'examiner que ce que renferment vraiment les actes de procédure et sans exprimer un quelconque avis concernant le bien-fondé de l'allégation d'obligation fiduciaire compte tenu

ciary duty was anything but intentional in nature. The appellant was alleged to have intentionally seduced the plaintiff, and whether or not this can be characterized as a fiduciary duty claim, any injuries resulting therefrom were caused intentionally. The harm caused by any breach of fiduciary duty is identical to that caused by the sexual battery, and the claim is therefore subsumed, for the purpose of the exclusion clause, into the intentional battery.

(v) Conclusion

In summary, all of the plaintiff's claims against the appellant are covered by the exclusion clause for injuries caused intentionally. To prove her case, the plaintiff will have to establish that the appellant knew or should have known that the plaintiff did not validly consent to sexual relations with him. In such a situation, the appellant will not be heard to complain that he did not intend any harm. One who engages in objectively non-consensual sexual activity will be presumed to have intended harm; whether or not he subjectively intended harm will not change the injurious nature of his actions, and will not deny an insurer its bargained-for exclusion of intentionally injurious activities. This conclusion is consistent with the basic principles of insurance law discussed above.

In particular, it is consistent with the reasonable expectations of the parties. In this respect, I agree with the Iowa Supreme Court in *Altena, supra*, at p. 490, where the court quoted the following passage from *Rodriguez by Brennan v. Williams*, 713 P.2d 135 (Wash. Ct. App. 1986), at pp. 137-38:

... [t]he average person purchasing homeowner's insurance would cringe at the very suggestion that [the person] was paying for such coverage. And certainly [the person] would not want to share that type of risk with

des faits de la présente espèce, aucun fait allégué ne permet de conclure au caractère non intentionnel du manquement à l'obligation fiduciaire. Il a été allégué que c'est à dessein que l'appelant a séduit la demanderesse et, que l'on puisse ou non qualifier sa conduite de manquement à l'obligation fiduciaire, le préjudice en résultant a été infligé intentionnellement. Le préjudice découlant de tout manquement à l'obligation fiduciaire est identique à celui causé par les voies de fait de nature sexuelle, de sorte que, aux fins de l'application de la clause d'exclusion, l'allégation est subsumée sous celle de voies de fait intentionnelles.

(v) Conclusion

En résumé, toutes les allégations formulées par la demanderesse contre l'appelant emportent l'application de la clause d'exclusion du fait que le préjudice a été infligé intentionnellement. Pour avoir gain de cause, la demanderesse devra établir que l'appelant savait ou aurait dû savoir que son consentement aux rapports sexuels n'était pas valable. Dans un tel contexte, l'appelant ne pourra invoquer en défense qu'il n'avait pas l'intention d'infliger un préjudice. La personne qui se livre à une activité sexuelle objectivement non consensuelle est présumée avoir voulu infliger un préjudice; qu'elle ait ou non subjectivement eu l'intention d'infliger un préjudice ne modifie en rien le caractère préjudiciable de ses actes et ne saurait priver l'assureur de l'application de la clause d'exclusion négociée à l'égard des actes délibérément préjudiciables. Cette conclusion est compatible avec les principes fondamentaux du droit des assurances examinés précédemment.

Tout particulièrement, elle est compatible avec les attentes raisonnables des parties. À cet égard, je suis d'accord avec la Cour suprême de l'Iowa qui, dans *Altena*, précité, à la p. 490, a cité l'extrait suivant de la décision *Rodriguez by Brennan c. Williams*, 713 P.2d 135 (Wash. Ct. App. 1986), aux pp. 137 et 138:

[TRADUCTION]... [l]a personne ordinaire contractant une assurance propriétaires occupants se rebifferait à la seule idée de payer pour une telle garantie. [La personne] ne voudrait certainement pas partager ce genre

133

134

other homeowner's policy holders. [Insertions added in *Altena*.]

Similarly, in *Horace Mann Insurance Co. v. Leeber, supra*, at pp. 586-87, the court said the following:

The majority rule rejecting an alleged duty to defend or to pay in sexual misconduct liability insurance cases is consistent with the "doctrine of reasonable expectations." . . . [W]e simply believe that the insured under a homeowner's insurance policy does not reasonably expect the insurer to defend an action against the insured for, and to pay for, damages alleged to have been caused by the sexual misconduct of the insured.

See also R. Bell, "Sexual Abuse and Institutions: Insurance Issues" (1996), 6 *C.I.L.R.* 53, at pp. 54-55.

135 This conclusion is also consistent with basic insurance theory. Insurance is meant to cover risk of loss. See C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), vol. 1, at p. 1-1. Where the loss is caused intentionally, it is hardly the result of a risk. Regardless of whether an insurance company could find a way profitably to insure someone against intentionally caused injuries, the respondent clearly did not believe it was doing so when it wrote the policy at issue in this appeal. Sexually assaulting someone is not like getting in a car accident, or having someone injure themselves by slipping on an unshovelled sidewalk. If the plaintiff is to succeed, she must prove that the appellant's conduct went beyond mere negligence, and rose to the level of sexual assault. Absent express language to the contrary, I am unable to conclude that the parties to this insurance contract agreed to cover such a claim.

136 Nor do I believe that *contra proferentem*, or any other insurance principle, is sufficient to overcome these conclusions. While ambiguous language will often be construed against the insurer, this consideration alone cannot be determinative. Moreover, I find that the most accurate reading of the lan-

de risque avec les autres titulaires d'une police d'assurance propriétaires occupants. [Ajout dans *Altena*.]

De même, dans *Horace Mann Insurance Co. c. Leeber*, précité, aux pp. 586 et 587, le tribunal a dit:

[TRADUCTION] La décision de la majorité d'écartier, en matière d'assurance de la responsabilité civile, l'obligation alléguée de défendre l'assuré ou de l'indemniser par suite d'une inconduite sexuelle est compatible avec le «principe des attentes raisonnables» . . . [N]ous estimons simplement que le titulaire d'une police d'assurance propriétaires occupants ne peut raisonnablement s'attendre à ce que l'assureur le défende dans le cadre d'une poursuite pour inconduite sexuelle et répare le préjudice qui en aurait découlé.

Voir également R. Bell, «Sexual Abuse and Institutions: Insurance Issues» (1996), 6 *C.I.L.R.* 53, aux pp. 54 et 55.

Cette conclusion est par ailleurs compatible avec la théorie fondamentale de l'assurance. L'assurance vise à garantir le risque de sinistre. Voir C. Brown, *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), vol. 1, à la p. 1-1. Lorsque le sinistre est causé intentionnellement, on peut difficilement l'imputer à la réalisation d'un risque. Même si un assureur pouvait trouver une façon profitable d'assurer une personne contre le préjudice infligé intentionnellement, ce n'est clairement pas ce que l'intimé croyait faire lorsqu'il a rédigé la police faisant l'objet du présent pourvoi. Agresser sexuellement une personne ne saurait se comparer à être impliqué dans un accident de la route ou à causer la chute d'une personne en omettant de déblayer un trottoir. Pour avoir gain de cause, la demanderesse doit prouver que la conduite de l'appelant n'était pas imputable à la seule négligence et équivalait à une agression sexuelle. En l'absence d'un libellé exprès en sens contraire, je ne puis dire que les parties au contrat d'assurance ont convenu que la garantie s'appliquerait en pareil cas.

Je ne crois pas non plus que la règle *contra proferentem* ou quelque autre principe d'assurance suffise à contrer ces conclusions. Même si une clause ambiguë est souvent interprétée contre l'assureur, cette seule pratique ne peut être déterminante. De plus, j'estime que l'interprétation la plus

guage and intentions of the contract is that the exclusion clause applies to the allegations of sexual misconduct made by the plaintiff.

D. *Other Arguments Raised by the Respondent*

The respondent has also argued that the actions alleged by the plaintiff are not “accidents” or “occurrences”, as required by the policy, and that s. 28 of the British Columbia *Insurance Act*, excludes the claim because it alleges a criminal act. Given my interpretation of the exclusion clause, I find it unnecessary to consider these other questions and therefore express no opinion on them.

VI. Summary and Disposition

I believe my conclusions in this appeal can be summarized fairly briefly:

1. An insurance company only has a duty to defend when a lawsuit against the insured raises a claim that could potentially fall within coverage.
2. In determining if a claim falls within coverage, courts are not bound by the labels chosen by the plaintiff, but must determine the true nature of the claim stated in the pleadings.
3. In this appeal, the plaintiff has stated three possible claims arising out of an alleged sexual assault: sexual battery, negligent battery, and breach of fiduciary duty. None of these claims could potentially fall within coverage because, even if ultimately successful, the respondent will have no duty to indemnify owing to the insurance policy’s exclusion for injuries caused intentionally by the insured.
 - a. Sexual battery requires proof that a reasonable person should have known that the plaintiff did not validly consent to the sexual activity in question. Since non-consensual

fidèle du libellé du contrat et de l’intention des parties est que la clause d’exclusion s’applique aux allégations d’inconduite sexuelle formulées par la demanderesse.

D. *Autres arguments soulevés par l’intimé*

L’intimé a également fait valoir que les actes allégués par la demanderesse ne constituent ni des «accidents» ni des «sinistres», comme l’exige la police, et que l’art. 28 de l’*Insurance Act* de la Colombie-Britannique frappe d’exclusion l’allégation puisqu’elle a pour objet un acte criminel. Vu l’interprétation que je fais de la clause d’exclusion, j’estime qu’il n’est pas nécessaire que j’examine ces autres questions, et je n’exprime donc aucun avis à leur sujet.

VI. Résumé et dispositif

Les conclusions que je tire dans le cadre du présent pourvoi peuvent être résumées comme suit:

1. L’assureur n’est tenu de défendre l’assuré que lorsque la poursuite en justice se fonde sur une allégation susceptible d’entraîner l’application de la garantie.
2. Pour déterminer si une allégation entraîne l’application de la garantie, le tribunal n’est pas lié par la terminologie choisie par le demandeur, mais doit plutôt déterminer quelle est la nature véritable des allégations faites dans les actes de procédure.
3. Aux fins du présent pourvoi, trois allégations découlent de la prétendue agression sexuelle: les voies de fait de nature sexuelle, les voies de fait imputables à la négligence et le manquement à l’obligation fiduciaire. Aucune de ces allégations n’est susceptible d’emporter l’application de la garantie, car, même si la demanderesse avait gain de cause, l’intimé ne serait pas tenu d’indemniser l’assuré étant donné l’exclusion dans la police d’assurance du préjudice infligé intentionnellement.
 - a. Pour prouver les voies de fait de nature sexuelle, il faut établir qu’une personne raisonnable aurait dû savoir que le consentement de la demanderesse à l’activité sexuelle

137

138

sexual activity is inherently harmful, any injuries resulting therefrom are intentionally caused, and the exclusion clause would apply. If, to the contrary, a reasonable person would not have known that the plaintiff did not validly consent, the plaintiff's claim will fail, there will be no duty to indemnify, and therefore equally no duty to defend.

b. Claims of negligence and breach of fiduciary duty are either not properly pleaded, or are subsumed into the sexual battery in this case because these claims are based on the same facts and resulted in the same harm. Therefore the exclusion clause applies equally to them.

4. Since there is no possible set of circumstances in which one of the plaintiff's claims could trigger indemnity, there is no duty to defend.

en cause n'était pas valable. Comme les rapports sexuels non consentuels sont en soi préjudiciables, tout préjudice en résultant est intentionnel, et la clause d'exclusion s'applique. Si, au contraire, une personne raisonnable n'aurait pu savoir que le consentement de la demanderesse n'était pas valable, la demande sera rejetée, de sorte que l'assureur n'aura aucune obligation d'indemniser l'assuré non plus que de le défendre.

b. Les allégations de négligence et de manquement à l'obligation fiduciaire ne sont pas adéquatement formulées ou sont subsumées sous l'allégation de voies de fait de nature sexuelle, car elles se fondent sur les mêmes faits, et les actes reprochés ont donné lieu au même préjudice. Par conséquent, la clause d'exclusion s'applique également à leur égard.

4. Étant donné qu'aucune des allégations de la demanderesse n'est susceptible de faire naître l'obligation d'indemniser l'assuré, dans quelque combinaison possible de circonstances que ce soit, l'assureur n'a aucune obligation de le défendre.

139 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Cran Law Offices, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Dolden Walker Folick, Vancouver.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Cran Law Offices, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Dolden Walker Folick, Vancouver.

Nicodemo Sansalone *Appellant*

v.

Wawanesa Mutual Insurance Co. *Respondent*

INDEXED AS: SANSALONE v. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO.

Neutral citation: 2000 SCC 25.

File No.: 26708.

1999: October 14; 2000: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA COURT OF APPEAL

Insurance — Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Plaintiff bringing action against insured alleging battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty — Policy containing exclusion for bodily injury caused intentionally by the insured — Whether insurer has a duty to defend.

Insurance — Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Optional endorsement for day care coverage containing exclusion for sexual molestation — Whether exclusion in endorsement implies coverage in general coverage provisions.

Torts — Intentional torts — Battery — Evidence — Burden of proof — Consent — Whether plaintiff must prove lack of consent.

In 1996, a plaintiff brought a civil action against five B.C. Transit bus drivers, including the appellant, arising out of various alleged sexual assaults between 1988 and 1992. The allegations included battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty. The appellant owned a homeowner's insurance policy issued by the respondent. In the policy, the respondent agreed to "defend any action against [the insured] alleging bodily injury or property damage and seeking compensatory damages" arising from the insured's personal actions, excepting "bodily injury or

Nicodemo Sansalone *Appellant*

c.

Wawanesa Mutual Insurance Co. *Intimée*

RÉPERTORIÉ: SANSALONE c. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO.

Référence neutre: 2000 CSC 25.

N° du greffe: 26708.

1999: 14 octobre; 2000: 3 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

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

Assurance — Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Action intentée par la demanderesse contre l'assuré pour voies de fait, voies de fait imputables à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire — Exclusion de la garantie de la police d'assurance prévue pour préjudice corporel infligé intentionnellement par l'assuré — L'assureur a-t-il une obligation de défendre?

Assurance — Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Avenant facultatif pour services de garde prévoyant l'exclusion de la garantie en cas d'atteinte à la pudeur — L'exclusion prévue dans l'avenant signifie-t-elle que la garantie s'applique dans les dispositions générales?

Responsabilité délictuelle — Délits intentionnels — Voies de fait — Preuve — Fardeau de la preuve — Consentement — Incombe-t-il à la demanderesse de prouver l'absence de consentement?

En 1996, une demanderesse a intenté une action au civil contre cinq conducteurs d'autobus de B.C. Transit, dont l'appellant, par suite de différentes agressions sexuelles qui auraient été perpétrées entre 1988 et 1992. Les allégations portaient, entre autres, sur des voies de fait, voies de fait imputables à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire. L'appellant était titulaire d'une police propriétaires occupants établie par l'intimée. Dans la police, l'intimée convenait de «présente[r] une défense dans le cadre de toute action intentée contre l'assuré

property damage caused intentionally by [the insured] or at [the insured's] direction." The appellant did not purchase an optional endorsement for Day Care Coverage, which expressly excluded claims for sexual molestation. The British Columbia Supreme Court granted the appellant a declaration that the policy required the respondent to defend him against the plaintiff's action. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal. The issues on this appeal were substantially the same as in *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24.

Held: The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin and Binnie JJ.: For the reasons given in *Scalera*, the plaintiff's claims could not trigger coverage under the policy. Accordingly, the respondent has no duty to defend. While there is substantial agreement with Iacobucci J.'s reasoning, his approach to the tort of battery in the sexual context is disagreed with.

Per Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: For the reasons given in *Scalera*, the respondent has no duty to defend the appellant because the plaintiff's statement of claim makes no allegation that could potentially give rise to indemnity under the insurance contract. Since the duty to defend applies only to potentially indemnifiable claims, the respondent has no such duty.

The optional day care endorsement in the appellant's policy should not be used to interpret the more general coverage provisions. An explicit exclusion for sexual torts in one context does not imply that they are to be covered in all other contexts.

Cases Cited

By McLachlin J.

Followed: *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24.

By Iacobucci J.

Referred to: *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24;

pour la réparation d'un préjudice corporel ou matériel et l'obtention de dommages-intérêts compensatoires» découlant des actes personnels de l'assuré, à l'exclusion du «préjudice corporel ou matériel infligé intentionnellement par l'assuré ou à son instigation». L'appellant n'a pas souscrit à un avenant facultatif pour services de garde, qui excluait expressément les réclamations pour atteinte à la pudeur. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a accordé à l'appellant un jugement déclaratoire selon lequel l'intimée était tenue, en vertu de la police d'assurance, d'assurer sa défense dans le cadre de l'action intentée par la demanderesse. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimée. Les questions en litige dans le présent pourvoi étaient essentiellement les mêmes que dans *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Binnie: Pour les motifs énoncés dans *Scalera*, les allégations de la demanderesse ne sont pas susceptibles d'entraîner la garantie prévue dans la police d'assurance. Par conséquent, l'intimée n'a pas d'obligation de défendre. Les motifs du juge Iacobucci sont acceptés pour l'essentiel, mais sa démarche relativement au délit de voies de fait dans le contexte sexuel est rejetée.

Les juges Iacobucci, Major et Bastarache: Pour les motifs énoncés dans *Scalera*, l'intimée n'a aucune obligation de défendre l'appellant parce que, dans sa déclaration, la demanderesse ne formule aucune allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation en application du contrat d'assurance. Comme elle ne s'est engagée à défendre l'appellant qu'à l'égard des sinistres pour lesquels il pourrait être indemnisé, l'intimée n'a pas l'obligation de présenter une défense.

L'avenant facultatif pour services de garde dans la police de l'appellant ne saurait servir à interpréter les clauses de la garantie générale. L'exclusion explicite des délits sexuels dans un contexte donné n'implique pas que ceux-ci sont visés par la garantie dans tous les autres contextes.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêt suivi: *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24.

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés: *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000

Co-operative Fire & Casualty Co. v. Saindon, [1976] 1 S.C.R. 735; *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.B.C. 1996, c. 226, s. 28.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 158 D.L.R. (4th) 385, 106 B.C.A.C. 268, 172 W.A.C. 268, 48 B.C.L.R. (3d) 143, 2 C.C.L.I. (3d) 1, [1998] 9 W.W.R. 209, [1998] I.L.R. ¶I-3568, [1998] B.C.J. No. 834 (QL), allowing an appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 162, 42 C.C.L.I. (2d) 148, [1997] I.L.R. ¶I-3430, [1997] B.C.J. No. 38 (QL). Appeal dismissed.

David P. Church and Ian G. Schildt, for the appellant.

Mark M. Skorah and Julie K. Lamb, for the respondent.

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

MCLACHLIN J. — I have read the reasons of my colleague Iacobucci J. in this appeal. Although I agree with his disposition of the appeal and with much of his reasoning, I cannot agree with his approach to the tort of battery in the sexual context, for the reasons I gave in the companion appeal *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24.

The scope of the exclusion clause in the appellant's policy, and the allegations made against the appellant, are substantially the same as in *Scalera*. It follows, for the reasons I gave, that the plaintiff's claims could not trigger coverage under the policy. Accordingly, the respondent has no duty to defend.

I would dismiss the appeal with costs.

CSC 24; *Co-operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, [1976] 1 R.C.S. 735; *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570.

Lois et règlements cités

Insurance Act, R.S.B.C. 1996, ch. 226, art. 28.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 158 D.L.R. (4th) 385, 106 B.C.A.C. 268, 172 W.A.C. 268, 48 B.C.L.R. (3d) 143, 2 C.C.L.I. (3d) 1, [1998] 9 W.W.R. 209, [1998] I.L.R. ¶I-3568, [1998] B.C.J. No. 834 (QL), qui a accueilli un appel contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 162, 42 C.C.L.I. (2d) 148, [1997] I.L.R. ¶I-3430, [1997] B.C.J. No. 38 (QL). Pourvoi rejeté.

David P. Church et Ian G. Schildt, pour l'appelant.

Mark M. Skorah et Julie K. Lamb, pour l'intimée.

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

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai lu les motifs de mon collègue le juge Iacobucci dans le présent pourvoi. Bien que je sois d'accord avec la manière dont il tranche le pourvoi et avec une grande partie de son raisonnement, je ne puis l'être avec la démarche qu'il adopte relativement au délit de voies de fait dans le contexte sexuel, pour les motifs que je donne dans l'arrêt connexe, *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24.

La portée de la clause d'exclusion prévue dans la police de l'appelant et les allégations faites contre lui sont essentiellement les mêmes que dans l'arrêt *Scalera*. Il s'ensuit, pour les motifs exprimés dans cet arrêt, que les allégations de la demanderesse ne pouvaient pas entraîner l'application de la garantie de la police. Par conséquent, l'intimé n'a aucune obligation de défendre.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

1

2

3

The reasons of Iacobucci, Major and Bastarache JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

4 This appeal was heard along with the appeal in *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, [2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24, reasons in which are being released concurrently herewith. The facts in the two appeals are nearly identical; both appellants have been sued for damages arising from allegedly nonconsensual sexual activity with an adolescent girl ("the plaintiff"). Both respondents had issued homeowner's insurance policies to the respective appellants. At stake in both appeals is whether the respondents have a duty to defend the appellants against the plaintiff's suit.

5 For the reasons set out in *Scalera, supra*, I find that the respondent has no duty to defend the appellant because the plaintiff's statement of claim makes no allegation that could potentially give rise to indemnity under the insurance contract. Since the duty to defend only applies to potentially indemnifiable claims, the respondent has no such duty and the appeal must be dismissed.

II. Facts

6 As set out in *Scalera*, this appeal arose from the plaintiff's allegations of sexual assault against several B.C. Transit bus drivers. The plaintiff's statement of claim alleges that between 1989 and 1992, while on duty with B.C. Transit, the appellant regularly attended at the plaintiff's parents' store, and became acquainted with the plaintiff. She, in turn, regularly rode on buses driven by the appellant. The statement of claim makes allegations against

Version française des motifs des juges Iacobucci, Major et Bastarache rendus par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Le présent pourvoi a été entendu de pair avec celui introduit dans l'affaire *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, [2000] 1 R.C.S. 551, 2000 CSC 24, dont les motifs sont déposés simultanément. Les faits dont sont issus les deux pourvois sont presque identiques. Les deux appelants ont chacun fait l'objet d'une action en dommages-intérêts parce qu'ils se seraient livrés à des activités sexuelles non consentuelles avec une adolescente («la demanderesse»). Chacun d'eux était titulaire d'une police d'assurance propriétaires occupants établie par les intimés. Notre Cour doit déterminer dans les deux cas si les assureurs intimés ont l'obligation de défendre les appelants contre la poursuite intentée par la demanderesse.

Pour les motifs énoncés dans *Scalera*, précité, j'arrive à la conclusion que l'intimée n'a pas l'obligation de défendre l'appelant parce que, dans sa déclaration, la demanderesse ne formule aucune allégation susceptible d'entraîner l'indemnisation de l'appelant en application du contrat d'assurance. Comme elle ne s'est engagée à défendre l'appelant qu'à l'égard d'allégations qui pourraient donner ouverture à indemnisation, l'intimée n'a pas l'obligation de présenter une défense, et le pourvoi doit être rejeté.

II. Les faits

Tout comme dans l'affaire *Scalera*, le présent pourvoi tire son origine des allégations de la demanderesse selon lesquelles des conducteurs d'autobus de B.C. Transit l'auraient agressée sexuellement. Dans sa déclaration, la demanderesse affirme que, entre 1989 et 1992, pendant l'exercice de ses fonctions à titre d'employé de B.C. Transit, l'appelant allait régulièrement au magasin des parents de la demanderesse, où il a fait sa connaissance. Pour sa part, la demanderesse prenait régulièrement place à bord des autobus

the appellant that are substantially the same to those in *Scalera* but in a different time period.

The appellant's homeowner's insurance policy provided general coverage in the following terms:

“**Occurrence**” means an accident, including continuous or repeated exposure to substantially the same general harmful conditions.

We will pay all sums which you become legally liable to pay as compensatory damages because of bodily injury or property damage to which this insurance applies. We will defend any action against you alleging bodily injury or property damage and seeking those compensatory damages, even if it is groundless, false or fraudulent. . . .

The amount of insurance is the maximum amount we will pay, . . . for all compensatory damages in any one occurrence.

You are insured for claims made or actions brought against you for:

- (1) **Personal Liability:** bodily injury or property damage arising out of your personal activities anywhere in the world. [Emphasis added.]

The policy also included the following exclusion clause:

Exclusions: You are not insured for claims made or actions brought against you for:

- (8) bodily injury or property damage caused intentionally by you or at your direction; [Emphasis added.]

Finally, the appellant's policy included an optional endorsement for Day Care Coverage, which included the following:

If the Declarations indicate that DAY CARE COVERAGE is included, you are insured under Coverage

conduits par l'appellant. Selon la déclaration, les faits reprochés à l'appellant en l'espèce sont essentiellement les mêmes que ceux imputés à l'appellant dans l'affaire *Scalera*, mais à des dates différentes.

La police d'assurance propriétaires occupants de l'appellant énonçait comme suit la garantie générale accordée:

[TRADUCTION] «**Sinistre**» S'entend d'un accident, y compris l'exposition continue ou répétée à une situation préjudiciable essentiellement équivalente.

L'assureur versera toute somme que l'assuré est légalement tenu de payer à titre de dommages-intérêts compensatoires par suite d'un préjudice corporel ou matériel auquel s'applique le présent contrat d'assurance. L'assureur présentera une défense dans le cadre de toute action intentée contre l'assuré pour la réparation d'un préjudice corporel ou matériel et l'obtention de dommages-intérêts compensatoires, même si elle est sans fondement, fallacieuse ou frauduleuse . . .

Le montant d'assurance correspond à la somme maximale que l'assureur versera [...] à titre de dommages-intérêts compensatoires à l'égard d'un sinistre donné.

L'assurance s'applique à toute demande ou action visant l'assuré et portant sur ce qui suit:

- (1) **Responsabilité civile des particuliers:** le préjudice corporel ou matériel découlant des actes de l'assuré n'importe où dans le monde. [Je souligne.]

La police renfermait également la clause d'exclusion suivante:

[TRADUCTION] Exclusions: L'assurance ne s'applique pas aux demandes ou aux actions visant l'assuré et portant sur ce qui suit:

- (8) le préjudice corporel ou matériel infligé intentionnellement par l'assuré ou à son instigation; [Je souligne.]

Enfin, la police détenue par l'appellant renfermait un avenant facultatif pour la garantie Services de garde, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] Lorsque les Conditions particulières précisent que la GARANTIE SERVICES DE GARDE est

E — Legal Liability and Coverage F — Voluntary Medical Payments for claims made or actions brought against you for bodily injury or property damage arising out of the use of your premises for day care.

You are not insured for claims made or actions brought against you for bodily injury or property damage arising out of sexual molestation, corporal punishment or physical or mental abuse inflicted upon any person by you or at your direction, by your employees or by an other person involved in any capacity in the day care enterprise. [Emphasis added.]

9 The appellant petitioned the Supreme Court of British Columbia for a declaration that the respondent was required under the policy to defend him against the plaintiff's action. Smith J. granted the petition, and the British Columbia Court of Appeal allowed the appeal.

III. Judicial Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 162

10 Smith J. prefaced his analysis by noting that insurance contracts should be read broadly in favour of the insured. The exclusion clause in the insurance contract required an intent to injure, not merely an intentional act. Therefore if the exclusion clause was to apply, the insurance company would have to prove that the nature of the act alleged was such that a court could infer an intent to injure on the part of the appellant.

11 Smith J. concluded that sexual activity was not such an act. He observed that sexual activity is not inherently harmful, that the plaintiff had alleged sexual activity that could have been perceived as consensual rather than forcible rape, and that the pleadings on their face contained allegations of negligence. As a result, since it was possible that the underlying claim could potentially be covered

comprise, l'assuré bénéficie de la Garantie E — Responsabilité légale, et de la Garantie F — Remboursement volontaire de soins médicaux, à l'égard des demandes ou des actions visant l'assuré et faisant suite à un préjudice corporel ou matériel survenant dans le cadre de l'utilisation de ses locaux pour la prestation de services de garde.

L'assuré n'est pas protégé contre les demandes ou les actions dirigées contre lui par suite d'un préjudice corporel ou matériel découlant de l'atteinte à la pudeur, du châtement corporel ou de la violence physique ou psychologique dont une personne a été victime par le fait de l'assuré ou à son instigation, par le fait de l'un de ses employés ou le fait d'une autre personne agissant à quelque titre que ce soit dans l'entreprise de services de garde. [Je souligne.]

L'appelant a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre un jugement déclaratoire selon lequel l'intimée était tenue, en vertu de la police d'assurance, d'assurer sa défense dans le cadre de l'action intentée par la demanderesse. Le juge Smith a fait droit à la requête, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel.

III. Les décisions judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 32 B.C.L.R. (3d) 162

En guise de préambule à son analyse, le juge Smith a signalé qu'un contrat d'assurance doit faire l'objet d'une interprétation large favorable à l'assuré. L'application de la clause d'exclusion exigeait non seulement un acte intentionnel, mais aussi l'intention d'infliger un préjudice. Pour que la clause d'exclusion s'applique, l'assureur devait donc établir que la nature de l'acte était telle qu'un tribunal pouvait en déduire que l'appelant avait eu l'intention d'infliger un préjudice.

Le juge Smith a conclu que l'activité sexuelle ne constituait pas un acte de cette nature. Il a fait remarquer que cette activité n'est pas en soi préjudiciable, que la demanderesse a allégué qu'il y avait eu une activité sexuelle qui pouvait être perçue comme étant consensuelle, plutôt qu'un viol avec usage de la force, et que les actes de procédure renfermaient à première vue des allégations

by the policy, the insurer had a duty to defend the suit. Smith J. therefore granted the appellant's petition.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 143

(i) Hollinrake J.A., Proudfoot J.A. concurring

The appeals of the respondent and Oppenheim, respondent in the companion appeal, *Scalera*, were consolidated at the Court of Appeal. Having accepted *Co-operative Fire & Casualty Co. v. Saindon*, [1976] 1 S.C.R. 735, as the leading case on point, Hollinrake J.A. dismissed Humphries J.'s suggestion that the pleadings contained a viable claim for negligence. He asked whether the injury alleged by the plaintiff was the natural and probable consequence of the appellant's actions. Noting at para. 82 the "number of cases, both criminal and civil, before the courts in the last number of years where psychological harm is said to follow upon non-consensual sexual activity", Hollinrake J.A. took judicial notice of the fact that harm was a natural and probable consequence of the acts alleged, and therefore found that the exclusion clause applied.

(ii) Finch J.A. (dissenting)

Finch J.A. found that the plaintiff's claim alleged sexual battery in the absence of her consent, and breach of duty arising from a power-dependency relationship. He found that there was no plea of negligence, since the appellant's belief in the plaintiff's consent could not change an intentional act into an unintentional one.

The exclusion in the appellant's insurance policy related to injuries caused intentionally, not

de négligence. Par conséquent, puisque la demande d'indemnisation était susceptible d'être visée par la garantie, l'assureur avait l'obligation de présenter une défense dans le cadre de la poursuite. Le juge Smith a donc fait droit à la requête de l'appelant.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 48 B.C.L.R. (3d) 143

(i) Le juge Hollinrake (avec l'appui du juge Proudfoot)

Les appels interjetés par l'intimée et par Oppenheim, intimé dans le pourvoi connexe *Scalera*, ont été réunis à la Cour d'appel. Ayant accepté la décision *Co-operative Fire & Casualty Co. c. Saindon*, [1976] 1 R.C.S. 735, comme l'arrêt de principe dans cette affaire, le juge Hollinrake a rejeté la proposition du juge Humphries selon laquelle les actes de procédure renfermaient une allégation de négligence valable. Il a demandé si le préjudice allégué par la demanderesse était la conséquence naturelle et probable des actes de l'appelant. Soulignant au par. 82, [TRADUCTION] les «nombreuses affaires, pénales et civiles, dont les tribunaux ont été saisis au cours des dernières années et où on a affirmé que l'activité sexuelle non consensuelle infligeait un préjudice psychologique», le juge Hollinrake a pris connaissance d'office du fait que le préjudice était la conséquence naturelle et probable des actes reprochés, de sorte que la clause d'exclusion s'appliquait.

(ii) Le juge Finch (dissident)

Selon le juge Finch, la demanderesse a allégué qu'il y avait eu voies de fait de nature sexuelle sans son consentement et manquement à une obligation découlant d'un rapport de force et de dépendance. Il a conclu à l'absence d'allégation de négligence puisque le fait que l'appelant croyait que la demanderesse était consentante ne pouvait pas changer un acte intentionnel en un acte non intentionnel.

La clause d'exclusion dans la police d'assurance de l'appelant se rapportait aux préjudices causés

12

13

14

intentional acts causing injury. Finch J.A. was not willing to infer that sexual activity between the plaintiff and the appellant would inevitably have harmful consequences. As the exclusion clause in *Saindon* was identical to the exclusion clause here, he found no error in the chambers judge's refusal to infer an intention to cause harm. Therefore, he found that the case as pleaded could give rise to a finding of liability without a finding that the appellant intended to cause injury. As it was possible that liability could be imposed for claims not excluded from coverage by the policy wording, he found that the respondent had a duty to defend the action.

IV. Issues

15 This appeal raises three issues:

1. Do the intentional act exclusion clauses in the appellant's insurance policy operate to relieve the respondent's duty in this case?
2. Was there an "accident" or "occurrence" that is sufficient to trigger coverage?
3. Does s. 28 of the British Columbia *Insurance Act*, R.S.B.C. 1996, c. 226, absolve the respondent of any duty to defend the appellant?

Because of my disposition of the first issue, I find it unnecessary to address the latter two in this appeal.

V. Analysis

16 Since I have already conducted an analysis of the law in this appeal in *Scalera*, *supra*, in these reasons I will simply address a clause unique to the insurance policy in this appeal, and then briefly summarize my conclusions in this appeal.

intentionnellement, et non aux actes intentionnels causant un préjudice. Le juge Finch n'a pas voulu déduire que l'activité sexuelle entre la demanderesse et l'appellant aurait inévitablement des conséquences préjudiciables. Comme la clause d'exclusion dans *Saindon* était identique à la clause d'exclusion en l'espèce, il a conclu que le juge de première instance n'avait pas fait d'erreur en refusant de déduire qu'il y avait intention de causer un préjudice. Par conséquent, il était d'avis qu'il était possible, en se fondant sur les actes de procédure, de conclure à la responsabilité sans conclure que l'appellant avait l'intention d'infliger un préjudice. Puisqu'il était possible de conclure à la responsabilité relativement à des allégations d'actes non exclus de la garantie par les termes de la police, il a statué que l'intimée avait l'obligation d'assurer la défense dans le cadre de l'action.

IV. Questions en litige

Le présent pourvoi soulève trois questions:

1. Les clauses d'exclusion stipulées dans la police d'assurance relativement à l'acte intentionnel s'appliquent-elles de façon à soustraire l'intimée à son obligation?
2. Y a-t-il eu «accident» ou «sinistre» de nature à déclencher l'application de la garantie?
3. L'article 28 de l'*Insurance Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, ch. 226, décharge-t-il l'intimée de son obligation d'assurer la défense de l'appellant?

Vu ma décision concernant la première question en litige, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les deux autres dans le cadre du présent pourvoi.

V. Analyse

Puisque j'ai déjà analysé le droit applicable en l'espèce dans l'arrêt *Scalera*, précité, je me pencherai uniquement sur une clause qui figure seulement dans la police d'assurance détenue dans la présente affaire, puis je résumerai les conclusions tirées aux fins du présent pourvoi.

A. Interpretation of the Insurance Policy in this Appeal

The appellant has pointed out that the insurance policy issued by the respondent has a specific exclusion for sexual torts committed in the day care context. He argues that, by expressly limiting coverage for sexual torts in the day care context, the respondent implicitly concedes that such conduct could give rise to indemnity outside the day care context.

I cannot agree with this interpretation of the contract. The optional day care endorsement covers a very specific situation quite apart from the general homeowner's coverage. The general coverage is for "activities anywhere in the world", and excludes only injuries caused "intentionally by [the insured] or at [the insured's] direction". By contrast, the day care coverage is only for injuries "arising out of the use of your premises for day care", and extends to cover vicarious liability for the actions of employees. In short, it insures a qualitatively different type of risk, it requires a separate, optional endorsement, and it therefore should not be used to interpret the more general coverage provisions.

Moreover, the special exclusion for sexual torts in the daycare context no doubt reflects the sad reality that such torts are tragically common in the day care environment. See *Bazley v. Curry*, [1999] 2 S.C.R. 534; *Jacobi v. Griffiths*, [1999] 2 S.C.R. 570. While courts should generally construe ambiguities against the insurer, I believe it would strain credibility to conclude that an explicit exclusion for sexual torts in one very specific context implies that they are to be covered in all other contexts. Instead, the specific exclusion clause no doubt represents nothing more than an excess of caution on the part of the respondent.

A. Interprétation de la police d'assurance en l'espèce

L'appelant fait valoir que la police d'assurance établie par l'intimée renferme une clause d'exclusion visant expressément les délits sexuels commis dans le cadre de la prestation de services de garde. Il soutient que, en excluant l'application de la garantie dans ce contexte précis, l'intimée accepte donc implicitement qu'il pourrait y avoir indemnisation lorsque de tels actes surviennent à l'extérieur du contexte de la prestation des services de garde.

Je ne puis être d'accord avec une telle interprétation du contrat. L'avenant facultatif pour les services de garde vise une situation très particulière qui ne relève pas du tout de la garantie générale propriétaires occupants. La garantie générale vise les «actes [. . .] n'importe où dans le monde» et exclut uniquement le préjudice infligé «intentionnellement par l'assuré ou à son instigation». À l'opposé, la garantie Services de garde ne s'applique qu'au préjudice «survenant dans le cadre de l'utilisation [des] locaux pour la prestation de services de garde», et elle englobe la responsabilité du fait d'autrui, celle des employés. En somme, elle protège l'assuré contre un risque dont la nature est qualitativement différente, elle exige qu'un avenant distinct et facultatif soit établi et, par conséquent, elle ne saurait servir à interpréter les clauses de la garantie générale.

En outre, la clause spéciale d'exclusion visant les délits sexuels commis dans le cadre de la prestation de services de garde reflète sans aucun doute la triste réalité que de tels délits sont malheureusement courants dans ce milieu. Voir *Bazley c. Curry*, [1999] 2 R.C.S. 534; *Jacobi c. Griffiths*, [1999] 2 R.C.S. 570. Même si les tribunaux doivent généralement interpréter les ambiguïtés contre l'assureur, je crois qu'il serait peu crédible de conclure que l'exclusion explicite des délits sexuels dans un contexte très spécifique implique que ceux-ci sont visés par la garantie dans tous les autres contextes. Je crois plutôt qu'il ne s'agit de rien de plus qu'une clause d'exclusion précise stipulée par excès de prudence par l'intimée.

17

18

19

B. *Application of the Exclusion Clause to this Appeal*

B. *Application de la clause d'exclusion en l'espèce*

20 The applicable legal principles are set out in the reasons in *Scalera, supra*, and need not be repeated here. The question before the Court is whether any of the claims against the appellant alleged by the plaintiff could potentially trigger indemnity under the insurance policy issued by the respondent. Specifically, the issue is whether the insurance policy's exclusion for "bodily injury or property damage caused intentionally by you" precludes indemnity for any of the claims against the appellant. If there can be no indemnity for even a successful claim, there is no duty to defend.

Les principes juridiques applicables sont énoncés dans les motifs de l'arrêt *Scalera*, précité, et il n'y a pas lieu de les répéter. Notre Cour doit déterminer si l'une ou l'autre des allégations formulées par la demanderesse contre l'appelant pourrait donner ouverture à indemnisation en vertu de la police d'assurance établie par l'intimée. Plus précisément, la question est de savoir si la clause du contrat d'assurance qui exclut l'application de la garantie à l'égard du [TRADUCTION] «préjudice corporel ou matériel infligé intentionnellement par l'assuré» fait obstacle à l'indemnisation de l'appelant pour les actes qui lui sont reprochés. S'il ne saurait y avoir d'indemnisation même dans le cas où la demanderesse aurait gain de cause, l'assureur n'a pas l'obligation de défendre l'assuré.

21 The allegations against the appellant are essentially identical to those against Vincent Scalera. The plaintiff has alleged sexual battery, negligence, and breach of fiduciary duty by the appellant. As outlined in *Scalera, supra*, none of these claims could potentially trigger indemnity.

Les faits reprochés à l'appelant sont essentiellement identiques à ceux imputés à Vincent Scalera. La demanderesse allègue des voies de fait de nature sexuelle, la négligence et le manquement à l'obligation fiduciaire. Comme indiqué dans *Scalera*, précité, aucune de ces allégations ne pourrait donner ouverture à indemnisation.

22 To prove sexual battery, the plaintiff will have to show that a reasonable person should have known that the plaintiff did not validly consent to sexual activity. If she cannot show this, her claim will fail and there would be no duty to indemnify. If she can, then given the inherently harmful nature of nonconsensual sexual activity, any resulting injuries must be deemed intentional in nature. The exclusion clause would therefore apply, and there would be no duty to indemnify.

Pour faire la preuve des voies de fait de nature sexuelle, la demanderesse devra établir qu'une personne raisonnable aurait dû savoir qu'elle n'a pas donné un consentement valable à l'activité sexuelle. À défaut d'une telle preuve, elle sera déboutée et l'assureur n'aura aucune obligation d'indemniser l'assuré. Si cette preuve est faite, étant donné le caractère intrinsèquement préjudiciable de l'activité sexuelle non consensuelle, tout préjudice en résultant sera présumé être de nature intentionnelle. La clause d'exclusion s'appliquerait donc, et l'assureur ne serait pas tenu d'indemniser l'appelant.

23 The allegations of negligent battery and breach of fiduciary duty are subsumed into the sexual battery claim. These claims are based on the same facts, and resulted in the same harm to the plaintiff. The mere fact that they are pleaded as negligence does not, for the purpose of this appeal, change the intentional nature of the acts. Therefore

Les allégations de voies de fait imputables à la négligence et de manquement à l'obligation fiduciaire sont subsumées sous celle de voies de fait de nature sexuelle. Elles se fondent sur les mêmes faits et ont causé le même préjudice à la demanderesse. Le simple fait que la négligence soit invoquée ne change rien, aux fins du présent pourvoi, à

the exclusion clause equally applies to these claims.

As the foregoing demonstrates, there is no possible set of circumstances in which the respondent could be liable to indemnify any of the plaintiff's claims against the appellant. This being so, there can be no duty to defend.

VI. Disposition

For the above reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Camp Church & Associates, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Skorah Doyle Khanna, Vancouver.

la nature délibérée des actes. Par conséquent, la clause d'exclusion s'applique également à ces allégations.

Comme le montre ce qui précède, l'intimée ne pourrait, dans aucune combinaison possible de circonstances, être tenue d'indemniser l'appelant relativement à l'une ou l'autre des allégations de la demanderesse. Elle n'a donc aucune obligation de présenter une défense.

VI. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Camp Church & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: Skorah Doyle Khanna, Vancouver.

24

25

**Placements Armand Laflamme
Inc. Appellant**

v.

**Jules Roy and Prudential-Bache
Commodities Canada Ltd. Respondents**

INDEXED AS: LAFLAMME v. PRUDENTIAL-BACHE
COMMODITIES CANADA LTD.

Neutral citation: 2000 SCC 26.

File No.: 26659.

1999: November 2; 2000: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Civil responsibility — Securities dealers — Portfolio manager — Failure to comply with mandate — Mismanagement of portfolio of securities — Point in time when manager's liability ends — Obligation of client to mitigate damages — Quantum of damages.

Mandate — Portfolio manager — Scope of mandate and point in time when it ends — Obligation of client to mitigate damages.

L sold his business and, for tax reasons, transferred the proceeds to the appellant company, 98 percent of the shares of which he owned. He entrusted the management of the money to the respondent R, a securities broker. L and his family had no experience in investments. In April 1988, R left his brokerage firm and joined the respondent Prudential-Bache and arranged the transfer of the appellant's portfolio to his new employer. In June, L learned from his auditor that R was managing the portfolio on margin without his knowledge and that a number of the investments were speculative, when the primary purpose of the investments was supposed to have been to provide L, who was nearly 60 years old, with a retirement fund. In July and November, L's daughter advised R by letter to limit stock market investments, to make safe investments and to stop engaging in margin transactions. On May 3, 1989, R and the L family met to discuss the management of the portfolio. On May 5, contrary to the suggestions attributed to R, the appellant wrote to him advising him to

**Placements Armand Laflamme
inc. Appelante**

c.

**Jules Roy et Prudential-Bache Commodities
Canada Ltd. Intimés**

RÉPERTORIÉ: LAFLAMME c. PRUDENTIAL-BACHE
COMMODITIES CANADA LTD.

Référence neutre: 2000 CSC 26.

N° du greffe: 26659.

1999: 2 novembre; 2000: 3 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier,
McLachlin, Iacobucci, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Courtiers en valeurs mobilières — Gestionnaire de portefeuille — Non-respect du mandat — Mauvaise gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières — Moment où cesse la responsabilité du gestionnaire — Obligation du client de minimiser les dommages — Quantum des dommages.

Mandat — Gestionnaire de portefeuille — Étendue du mandat et moment où il prend fin — Obligation du client de minimiser les dommages.

L vend son entreprise et, pour des raisons fiscales, verse la somme reçue dans la société appelante dont il détient 98 pour 100 des actions. Il confie la gestion de cette somme à l'intimé R, un courtier en valeurs mobilières. L et sa famille n'ont aucune expérience en matière de placements. En avril 1988, R quitte sa firme de courtage pour s'associer à l'intimée Prudential-Bache et obtient le transfert du portefeuille de l'appelante chez son nouvel employeur. En juin, L apprend de son vérificateur que R gère le portefeuille sur marge à son insu et que plusieurs placements sont spéculatifs alors qu'ils devaient viser avant tout à assurer la caisse de retraite de L qui approche la soixantaine. En juillet et en novembre, la fille de L avise R par lettre de limiter les investissements à la bourse, de faire des placements sécuritaires et de cesser de transiger sur marge. Le 3 mai 1989, R et la famille L se rencontrent pour discuter de la gestion du portefeuille. Le 5 mai, contrairement aux suggestions imputées à R, l'appelante l'informe par lettre de vendre par tranches certaines actions et reporte à un mois sa

sell certain shares in batches and postponed a decision relating to other shares for a month. However, it did not subsequently provide any instructions concerning those shares. In the fall of 1989, the price of the shares held by the appellant fell and, in March 1990, it closed its account and sustained major losses. L and the appellant then commenced an action for damages against the respondents, claiming that those losses had been sustained as a result of their faults. The trial judge found that the respondents were entirely liable and ordered them to pay \$12,232.55 to L and \$1,466,141.08 to the appellant. The Court of Appeal allowed the respondents' appeal in part. Unlike the trial judge, who used April 1990 to determine the amount of the appellant's accumulated losses, the Court of Appeal used June 5, 1989, the end of the one-month period specified in the letter of May 5, since as of that date the appellant had sufficient information to decide to close its account and thus mitigate its damages. The court reduced the total damages awarded to the appellant to \$70,723.79.

Held: The appeal should be allowed.

The liability of the respondents was not in issue. R failed to comply with the conduct required of a prudent and diligent manager, in that he failed to construct an organized and diversified portfolio, carried out transactions that were inconsistent with the client's general instructions, acquired speculative securities and failed to have regard to his client's investment objectives. For the most part, the legal relationship between a client and a portfolio manager is governed by the rules of mandate. As a mandatary, R also failed to deal fairly and honestly with his client, as he was expected to do, by failing to comply with the L family's specific instructions concerning the amounts to be invested in the stock market and the immediate cessation of transactions on margin. The only issue which arises is the point in time when the respondents' liability ceased.

The events of May 1989 did not change the object of the mandate between L and the respondents, and R continued to be subject to an ongoing management obligation. The Court of Appeal erred when it intervened on this ground and substituted its own interpretation of the facts for the trial judge's interpretation, absent patent error on his part. There was nothing to indicate that the parties considered changing the mandate by terminating discretionary management. The trial judge rejected the interpretation of the letters sent by the L family as indicating that they were gradually taking control of the management of their portfolio, and on the whole, he believed the appellant's witnesses. The degree of discre-

décision concernant d'autres actions. Elle ne fournira toutefois aucune instruction au sujet de ces dernières. À l'automne 1989, le cours des actions détenues par l'appelante chute et, en mars 1990, elle ferme son compte et encaisse des pertes importantes. L et l'appelante intentent alors une action en dommages-intérêts contre les intimés alléguant avoir subi ces pertes en raison des actes fautifs de ces derniers. Le juge de première instance conclut à l'entière responsabilité des intimés et les condamne à payer 12 232,55 \$ à L et 1 466 141,08 \$ à l'appelante. La Cour d'appel accueille en partie l'appel des intimés. Contrairement au premier juge qui a retenu le mois d'avril 1990 pour déterminer le montant des pertes cumulées de l'appelante, la Cour d'appel retient plutôt la date du 5 juin 1989, soit à l'expiration du délai d'un mois prévu dans la lettre du 5 mai, puisqu'à compter de cette date l'appelante était suffisamment informée pour décider de fermer son compte et de mitiger ainsi ses dommages. La cour réduit à 70 723,79 \$ le montant des dommages accordés à l'appelante.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La responsabilité des intimés n'est pas remise en question. R a fait défaut de se conformer au comportement d'un gestionnaire prudent et diligent en ne constituant pas un portefeuille structuré et diversifié, en effectuant des transactions sans respecter les instructions générales du client, en acquérant des titres de nature spéculative et en ne tenant pas compte des objectifs de placement de son client. Pour l'essentiel, la relation juridique entre le client et le gestionnaire d'un portefeuille relève des règles du mandat. En tant que mandataire, R a aussi fait défaut d'agir envers son client avec toute la loyauté et l'honnêteté voulues en ne respectant pas les instructions précises de la famille L quant aux montants à placer à la bourse et à la cessation immédiate des transactions sur marge. La seule question qui se pose est de savoir à quel moment la responsabilité des intimés cesse.

Les événements de mai 1989 n'ont pas eu pour effet de modifier l'objet du mandat entre L et les intimés, R étant tenu à une obligation continue de gestion. La Cour d'appel a erré en intervenant pour ce motif et en substituant sa propre interprétation des faits à celle du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste de sa part. Rien n'indique que les parties aient envisagé un changement de l'objet du mandat, une cessation de la gestion discrétionnaire. Le premier juge a rejeté une interprétation des lettres envoyées par la famille L voulant que celles-ci révèlent une prise de contrôle progressive de la gestion du portefeuille, et de façon générale, il a cru les témoins de l'appelante. La discrétion d'un

tion that a dealer enjoys in managing a portfolio may vary, and there is nothing to prevent the scope of that discretion being limited or the client being involved in the portfolio's management from time to time. Intervention of that sort by the client is possible without it amounting to a change in the object of the mandate or to a revocation of the mandate. The conduct of R following receipt of the letter of May 5 is not consistent with a change to or revocation of the management mandate since the account statements show that he bought and sold a number of securities without instructions from the appellant. In fact, there was nothing to indicate that R advised the L family regarding the effect of any such change in the object of the mandate on their respective obligations, as he should have done. The only possible conclusion is thus that R continued to manage the portfolio on a discretionary basis despite the letter of May 5. In any event, even if we were to accept that the object of the mandate had been changed from discretionary management to non-discretionary management, this would not mean that the respondents had no liability. Despite any such change in the object of the mandate, R is still responsible for the injury resulting from the faults he committed. Thus, absent any fault on the part of the appellant or a third party, the damages in the instant case were the direct result of the mismanagement of the portfolio by R, and accordingly, even if it were accepted that the letter operated to change or revoke the management mandate, R is still liable, since the faults were committed prior to the letter. The respondents' liability cannot end merely because the object of the mandate was changed or the appellant opted to take over control of the management of its portfolio.

The trial judge was correct in holding April 1990 to be the end of the assessment period since the L family were not negligent when they failed to intervene earlier in the respondents' management in the hope of minimizing the losses. The trial judge noted the state of mind and the knowledge of the members of the L family. They held onto securities in reliance on assurances given by R, whom they trusted. The losses caused by the bad advice and grossly negligent management by R cannot be laid at their doorstep. Absent any patent error on the part of the trial judge, the Court of Appeal erred in blaming the appellant for failing to take measures to mitigate the damages. It cannot be concluded from the evidence in the record that the appellant's behaviour, in failing to liquidate or withdraw its portfolio in the spring of 1989, was not what a reasonably prudent and diligent person would have done in the same circumstances.

courtier quant à la gestion d'un portefeuille peut varier et rien ne s'oppose à ce que l'étendue de cette discrétion soit circonscrite ou à ce que le client s'implique à l'occasion dans cette gestion. De telles interventions de la part du client sont possibles sans pour autant équivaloir à une modification de l'objet du mandat ou à sa révocation. Enfin, le comportement de R à la suite de la réception de la lettre du 5 mai n'est pas compatible avec une modification ou révocation du mandat de gestion puisque les relevés de compte révèlent qu'il a acheté et vendu certains titres sans instructions de la part de l'appelante. D'ailleurs, rien n'indique que R a conseillé la famille L quant à l'effet d'un tel changement de l'objet du mandat sur leurs obligations respectives comme il aurait dû le faire. Ainsi, on ne peut que conclure que R a continué de gérer le portefeuille de façon discrétionnaire malgré la lettre du 5 mai. De toute façon, même si on acceptait que l'objet du mandat a été modifié d'une gestion discrétionnaire à une gestion non discrétionnaire, la responsabilité des intimés n'en serait pas pour autant écartée. Malgré une telle modification de l'objet du mandat, R demeure néanmoins responsable du préjudice qui découle de ses fautes. Ainsi, en l'absence d'une faute de l'appelante ou d'un tiers, les dommages en l'espèce découlent directement de la mauvaise gestion du portefeuille par R de sorte que, même si l'on accepte que la lettre a opéré modification ou révocation du mandat de gestion, celui-ci demeure responsable car les fautes ont été commises avant cette lettre. La responsabilité des intimés ne saurait cesser du simple fait que l'objet du mandat a été modifié ou que l'appelante a choisi de prendre contrôle de la gestion de son portefeuille.

Le juge de première instance a eu raison de fixer à avril 1990 la fin de la période d'évaluation puisque la famille L n'a commis aucune faute en n'intervenant pas plus tôt dans la gestion des intimés dans l'espoir de minimiser les pertes. Le premier juge a constaté l'état d'esprit et des connaissances des membres de la famille L. Ils ont conservé des titres sur la foi des assurances de R à qui ils faisaient confiance. On ne peut leur imputer les pertes causées par les mauvais conseils et la gestion qualifiée de faute lourde de R. En l'absence d'erreur manifeste du premier juge, la Cour d'appel a erré en reprochant à l'appelante de n'avoir pris aucune mesure pour minimiser les dommages. La preuve au dossier ne permet pas de conclure que, en ne liquidant pas ou ne retirant pas son portefeuille au printemps 1989, l'appelante a adopté un comportement qui n'était pas celui d'une personne raisonnablement prudente et diligente dans les mêmes circonstances.

The appellant is entitled to compensatory damages because of the wrongful conduct of the respondents. The total amount of the damages is made up of the losses incurred by the appellant and the profits of which it was deprived. Those damages must be assessed for the period from April 1988, the date on which the portfolio was transferred, to April 1990. The findings of the trial judge cannot be restored in their entirety. The trial judge erred when he added the commissions and interest to the quantum of damages assessed by the expert, since those amounts had already been included by the expert in his calculation of damages. The respondents are jointly and severally ordered to pay the appellant the amount of \$924,374, plus interest at the legal rate from the date of service and the additional indemnity.

Cases Cited

Distinguished: *Bazinet v. Wood Gundy Inc.*, [1997] R.R.A. 273; **referred to:** *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Rothschild v. Duffield*, [1950] S.C.R. 495; *Beatty v. Inns*, [1953] Que. Q.B. 349; *Mines v. Calumet Investments Ltd.*, [1959] C.S. 455; *Proulx v. Société de placements & Co.*, [1976] C.A. 121.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 1024, 1073, 1074, 1701, 1709, 1710, 1735, 1756.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1434, 1479, 1611, 2130, 2139, 2176, 2182.
Regulation respecting securities, (1983) 115 G.O. II, 1269, s. 232 [am. (1996) 128 G.O. II, 560, s. 25], 234.1 [ad. (1988) 120 G.O. II, 2396, s. 19], 235 [repl. (1985) 117 G.O. II, 2297, s. 59].
Securities Act, R.S.Q., c. V-1.1, ss. 5 [am. 1984, c. 41, s. 2], 161.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.
 Beaudoin, Lise I. *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières: nature juridique, rôle des règles de l'administration du bien d'autrui et obligations des parties*. Cowansville: Yvon Blais, 1994.
 Fabien, Claude. "Les règles du mandat". *Extraits du Répertoire de droit — Mandat — Doctrine — Document 1*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1986.

En raison du comportement fautif des intimés, l'appelante a droit à des dommages-intérêts compensatoires. Le montant de ces dommages est constitué des pertes subies par l'appelante et des gains dont elle a été privée. Ceux-ci doivent être évalués pour la période d'avril 1988, date du transfert du portefeuille, à avril 1990. Les conclusions du juge de première instance ne peuvent être rétablies intégralement. L'ajout par ce dernier des commissions et des intérêts au montant des dommages évalués par l'expert est une erreur puisque ces montants avaient déjà été inclus par l'expert dans son calcul des dommages. Les intimés sont condamnés solidairement à payer à l'appelante 924 374 \$, plus les intérêts au taux légal depuis l'assignation, et l'indemnité additionnelle.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Bazinet c. Wood Gundy Inc.*, [1997] R.R.A. 273; **arrêts mentionnés:** *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Rothschild c. Duffield*, [1950] R.C.S. 495; *Beatty c. Inns*, [1953] B.R. 349; *Mines c. Calumet Investments Ltd.*, [1959] C.S. 455; *Proulx c. Société de placements & Co.*, [1976] C.A. 121.

Lois et règlements cités

Code civil du Bas Canada, art. 1024, 1073, 1074, 1701, 1709, 1710, 1735, 1756.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1434, 1479, 1611, 2130, 2139, 2176, 2182.
Loi sur les valeurs mobilières, L.R.Q., ch. V-1.1, art. 5 [mod. 1984, ch. 41, art. 2], 161.
Règlement sur les valeurs mobilières, (1983) 115 G.O. II, 1511, art. 232 [mod. (1996) 128 G.O. II, 686, art. 25], 234.1 [aj. (1988) 120 G.O. II, 3460, art. 19], 235 [repl. (1985) 117 G.O. II, 3747, art. 59].

Doctrine citée

Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. *La responsabilité civile*, 5^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.
 Beaudoin, Lise I. *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières: nature juridique, rôle des règles de l'administration du bien d'autrui et obligations des parties*. Cowansville: Yvon Blais, 1994.
 Fabien, Claude. «Les règles du mandat». *Extraits du Répertoire de droit — Mandat — Doctrine — Document 1*. Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1986.

L'Heureux, Nicole. "La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce" (1977), 18 *C. de D.* 397.

Lemoyne, Raymond D., et Georges R. Thibaudeau. "La responsabilité du courtier en valeurs mobilières au Québec" (1991), 51 *R. du B.* 503.

Pétel, Philippe. *Les obligations du mandataire*. Paris: Litec, 1988.

Québec. Commission des valeurs mobilières. *Instructions générales québécoises Q-9*, s. 57.

Savatier, René. "Les contrats de conseil professionnel en droit privé", *D.* 1972.chron.137.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 765, [1998] Q.J. No. 828 (QL), allowing in part the respondents' appeal from a judgment of the Superior Court, [1996] R.J.Q. 2694, [1996] Q.J. No. 1400 (QL). Appeal allowed.

Serge Létourneau and Odette Jobin-Laberge, for the appellant.

Edward E. Aronoff and Sophie Crevier, for the respondents.

English version of the judgment of the Court delivered by

1 GONTHIER J. — The issue in this case relates to the extent of the liability of a securities dealer acting as a portfolio manager. More specifically, the case relates to the point in time when that liability ceases.

1. Facts

2 In June 1987, when he was about 60 years of age, Armand Laflamme and his brother sold the door and window business they owned. Armand Laflamme's share of the proceeds was \$2,200,000, which he transferred to the appellant company, Placements Armand Laflamme Inc., 98 percent of the shares of which he owned. He was supposed to have received \$5,000,000, representing one half of the selling price of \$10,000,000, but as a result of financial difficulties experienced by the company the balance of the selling price could not be paid. The appellant is a company established for tax pur-

L'Heureux, Nicole. «La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce» (1977), 18 *C. de D.* 397.

Lemoyne, Raymond D., et Georges R. Thibaudeau. «La responsabilité du courtier en valeurs mobilières au Québec» (1991), 51 *R. du B.* 503.

Pétel, Philippe. *Les obligations du mandataire*. Paris: Litec, 1988.

Québec. Commission des valeurs mobilières. *Instructions générales québécoises Q-9*, art. 57.

Savatier, René. «Les contrats de conseil professionnel en droit privé», *D.* 1972.chron.137.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 765, [1998] A.Q. n° 828 (QL), qui a accueilli en partie l'appel des intimés contre un jugement de la Cour supérieure, [1996] R.J.Q. 2694, [1996] A.Q. n° 1400 (QL). Pourvoi accueilli.

Serge Létourneau et Odette Jobin-Laberge, pour l'appelante.

Edward E. Aronoff et Sophie Crevier, pour les intimés.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE GONTHIER — La question en litige porte sur l'étendue de la responsabilité d'un courtier en valeurs mobilières agissant à titre de gestionnaire d'un portefeuille. Plus particulièrement, l'affaire porte sur le moment où cette responsabilité cesse.

1. Les faits

En juin 1987, alors âgé de près de 60 ans, Armand Laflamme et son frère vendent l'entreprise de portes et fenêtres dont ils sont propriétaires. Armand Laflamme touche, pour sa part, une somme de 2 200 000 \$ qu'il verse dans la société appelante Placements Armand Laflamme inc. dont il détient 98 pour 100 des actions. Il était censé toucher la somme de 5 000 000 \$, soit la moitié du prix de vente de 10 000 000 \$, or des difficultés financières éprouvées par l'entreprise ne permettront pas le paiement du solde de prix de vente. L'appelante est une société créée à des fins fiscales

poses to receive the proceeds of the sale of Armand Laflamme's shares.

In April 1987, Armand Laflamme accompanied by his son Benoît, met with the respondent, Jules Roy, who was at that time a securities dealer with the firm of Burns Fry, to discuss investments. The purpose of these investments was primarily to provide him with a retirement fund. Armand Laflamme had only a grade four education, and his son Benoît had no experience in portfolio management. The son, who had not completed Secondary V, handled personnel in the family's plant. On May 19, 1987, the respondent Roy opened an account for the appellant company and obtained Armand Laflamme's signature on a number of complex forms. Mr. Laflamme signed the forms in blank, and Roy filled them out himself later.

Between May 1987 and April 1988, Roy made various investments totalling approximately \$2,000,000 which resulted in a loss of approximately \$200,000. In April 1988, Roy left Burns Fry and joined the respondent Prudential-Bache Commodities Canada Ltd. ("Prudential-Bache"). He arranged the transfer of the appellant's portfolio to his new employer and sent the forms relating to the opening of the new account to Armand Laflamme, who signed them in blank. A few weeks later, on June 8, 1988, the Laflamme family were stunned to learn from their auditor, Alain Martineau, who had just completed an examination of the financial statements of the appellant company, that Roy was managing the portfolio on margin without their knowledge and that a number of the investments were speculative. However, the primary purpose of the investments was supposed to have been to provide Armand Laflamme with a retirement fund.

On July 15, 1988, Suzanne Laflamme, Armand's daughter, wrote to Roy advising him to limit stock market investments to \$500,000 — [TRANSLATION] "not all in high risk" — and to invest the rest of the money in safe investments. She stated that [TRANSLATION] "[n]aturally, we will no longer use the line of credit". Over the next few months, the position of the portfolio deteriorated,

pour recevoir le produit de la vente des actions d'Armand Laflamme.

En avril 1987, Armand Laflamme rencontre, en compagnie de son fils Benoît, l'intimé Jules Roy, alors courtier en valeurs mobilières auprès de la firme Burns Fry, pour discuter de placements. La fin recherchée par ces placements était d'abord d'assurer sa caisse de retraite. Armand Laflamme, qui n'a qu'une scolarité de quatrième année, et son fils Benoît ne possèdent aucune expérience dans la gestion de portefeuille. Ce dernier, qui n'a pas terminé son secondaire V, travaillait au niveau du personnel de l'usine familiale. Le 19 mai 1987, l'intimé Roy ouvre un compte à l'appelante et obtient la signature d'Armand Laflamme sur différents formulaires complexes. Ces formulaires sont signés en blanc par M. Laflamme et Roy les complétera lui-même.

De mai 1987 à avril 1988, Roy effectue divers placements pour environ 2 000 000 \$ qui résultent en une perte d'environ 200 000 \$. En avril 1988, Roy quitte Burns Fry pour s'associer à l'intimée Prudential-Bache Commodities Canada Ltd. (ci-après «Prudential-Bache»). Il obtient le transfert du portefeuille de l'appelante chez son nouvel employeur et envoie les formulaires relatifs à l'ouverture du nouveau compte à Armand Laflamme qui les signe en blanc. Quelques semaines plus tard, soit le 8 juin 1988, les Laflamme apprennent avec stupéfaction de leur vérificateur Alain Martineau, qui vient de terminer l'étude des états financiers de la société appelante, que Roy gère le portefeuille sur marge à leur insu et que plusieurs placements sont spéculatifs. Or, les placements devaient viser avant tout à assurer la caisse de retraite d'Armand Laflamme.

Le 15 juillet 1988, Suzanne Laflamme, fille d'Armand, écrit une lettre à Roy l'avisant de limiter les investissements à la bourse à 500 000 \$ — «pas tout le montant à gros risque» — et d'investir la balance de l'argent dans des placements sécuritaires. Elle précise que «[n]aturellement, nous ne serons plus sur la marge de crédit». Dans les mois qui suivent, l'état du portefeuille se détériore pen-

3

4

5

while interest on the line of credit, and Roy's commissions, increased. On November 10, 1988, another letter was sent to Roy setting the amount to be invested in the stock market at \$750,000 and stating that the investments were to be diversified and to include approximately \$200,000 in risk investments. This letter repeated the intention to stop using the line of credit and asked that the shares be sold when it was possible to do so without a loss, in order to reinvest the proceeds in safe investments.

dant que s'accroissent les intérêts sur la marge de crédit et les commissions de Roy. Le 10 novembre 1988, une nouvelle lettre est adressée à Roy fixant à 750 000 \$ le montant à investir à la bourse et précisant que les placements devaient être diversifiés et comprendre environ 200 000 \$ à risque. La lettre réitère l'intention de se libérer de la marge de crédit et demande de vendre les actions lorsque cela sera possible sans perte afin de réinvestir le produit dans des placements sécuritaires.

6 On May 3, 1989, the Laflamme family and Roy met at Le Bouvier restaurant to discuss the management of the portfolio, and more specifically the Campeau and Quaker State shares held in the portfolio. On May 5, 1989, contrary to the suggestions attributed to Roy that these shares not be sold, the appellant decided to sell the Quaker State shares in batches and to postpone a decision relating to the Campeau shares for a month. However, the appellant did not subsequently provide any instructions concerning those shares.

Le 3 mai 1989, les Laflamme et Roy se rencontrent au restaurant Le Bouvier pour discuter de la gestion du portefeuille et plus particulièrement des actions de Campeau et de Quaker State détenues dans le portefeuille. Le 5 mai 1989, contrairement aux suggestions imputées à Roy de ne pas vendre ces actions, l'appelante décide de vendre par tranches les actions de Quaker State et de reporter à un mois sa décision concernant les actions de Campeau. Cependant, l'appelante ne fournira aucune instruction quant à ces dernières.

7 In the fall of 1989, the price of the shares held by the appellant fell, with the result that the value of the portfolio dropped significantly. On March 2, 1990, the appellant closed its account with the respondent Prudential-Bache, and sustained major losses at that time.

À l'automne 1989, le cours des actions détenues par l'appelante chute de sorte que la valeur du portefeuille connaît une baisse considérable. Le 2 mars 1990, l'appelante ferme son compte chez l'intimée Prudential-Bache, encaissant alors des pertes importantes.

8 The appellant and Armand Laflamme then commenced an action for damages against the respondents, claiming that these losses had been sustained as a result of their faults.

L'appelante et Armand Laflamme intentent alors une action en dommages-intérêts contre les intimés alléguant avoir subi ces pertes en raison de leurs actes fautifs.

2. Decisions

Superior Court of Quebec, [1996] R.J.Q. 2694

2. Les jugements

Cour supérieure du Québec, [1996] R.J.Q. 2694

9 Lebrun J. of the Superior Court found that the respondents Roy and Prudential-Bache were entirely liable.

Le juge Lebrun de la Cour supérieure conclut à l'entière responsabilité des intimés Roy et Prudential-Bache.

10 At the beginning of his analysis, Lebrun J. made a finding concerning the credibility of the witnesses and unhesitatingly accepted the testimony of the witnesses for the plaintiff, the appellant in this Court. In his opinion, Armand Laflamme and

En début d'analyse, le juge Lebrun se prononce sur la crédibilité des témoins et retient sans hésitation le témoignage de ceux de la partie demanderesse, l'appelante en l'espèce. Il est d'avis qu'Armand Laflamme, et ses deux enfants, «ont été

his two children [TRANSLATION] “had been led into an adventure in which gross negligence if not deception were key factors” (p. 2701). On this point, he wrote (at p. 2701):

[TRANSLATION] The explanations given by the Laflamme children concerning their relations with the defendant Roy are credible and lead to only one conclusion — that they were all persons unfamiliar with the stock market and their conversations with the defendant Roy were information sessions, and that they could never have given informed consent or approved the many risky and irresponsible transactions carried out by the defendant Roy without regard for his regulatory and legal obligations.

In defence, reliance was placed on several letters the Laflamme family sent to the defendant, in an attempt to prove that they were knowledgeable individuals who were giving the defendant orders. This interpretation is not persuasive. It is clear from the letters to Roy, the dealer, that his clients were mystified by the “play” of the stock market, that they had only a minimal understanding of the transactions carried out on their behalf by the defendant, that it was their accountant and auditor who made them aware, when preparing the financial statements, of the mess that the defendant was making of things.

Lebrun J. placed considerable weight on the testimony of the appellant’s experts, Stephen A. Jarislowski and Jean-Claude Dorval. He even noted that the opinion of these two experts was so persuasive that the respondents’ expert agreed with them concerning three of the five faults attributed to Roy that they identified. These three faults were the absence of an investment policy, the speculative nature of the portfolio, and the lack of diversification.

Relying, *inter alia*, on the obligations that rest on the dealer pursuant to the rules of the Montréal stock exchange, Lebrun J. found that the respondent Roy had failed to fulfill his basic obligation to know his client by [TRANSLATION] “totally [ignoring] the plaintiff’s objective, which was to establish a retirement fund for himself after a lifetime of hard work” (p. 2701). On the question of the scope of Roy’s obligation to provide advice, he stated that the obligation was particularly broad in view

entraînés dans une aventure où la négligence grossière pour ne pas dire la duperie ont été des éléments clefs» (p. 2701). À cet égard, il écrit (à la p. 2701):

Les explications que les enfants Laflamme ont données relativement à leurs relations avec le défendeur Roy sont crédibles et conduisent à une seule conclusion, à savoir qu’ils étaient tous des personnes non initiées à la bourse et que les conversations qu’elles ont eues avec le défendeur Roy étaient des séances d’information et que jamais elles n’ont pu donner un consentement éclairé ni ratifier les multiples transactions hasardeuses et irresponsables du défendeur Roy au mépris de ses obligations réglementaires et légales.

En défense, on s’est rabattu sur quelques lettres envoyées par les Laflamme au défendeur pour tenter de prouver qu’il s’agissait de gens initiés qui donnaient des ordres au défendeur. Cette exégèse n’est pas convaincante. En effet, il ressort clairement des lettres adressées au courtier Roy que ses clients étaient mystifiés par le ‘jeu’ de la bourse, qu’ils ne comprenaient que le minimum des opérations effectuées à leur place par le défendeur, à telle enseigne que c’est leur comptable-vérificateur qui leur a fait prendre conscience, lors de la préparation des états financiers, du gâchis qu’était en train de réaliser le défendeur.

Le juge Lebrun accorde beaucoup d’importance aux témoignages des experts de l’appelante, soient MM. Stephen A. Jarislowski et Jean-Claude Dorval. Il note même que l’opinion de ces deux experts est tellement convaincante que l’expert des intimés était d’accord avec eux quant à trois des cinq fautes imputables à Roy qu’ils ont identifiées. Ces trois fautes sont l’absence de structure du portefeuille, sa nature spéculative et le manque de diversification.

S’appuyant, entre autres, sur les obligations qui incombent au courtier en vertu du règlement de la bourse de Montréal, le juge Lebrun conclut que l’intimé Roy a manqué à son obligation primordiale de bien connaître son client en ignorant «totalement l’objectif visé par le demandeur, à savoir se créer un fonds de retraite après une vie laborieuse» (p. 2701). Quant à l’étendue de l’obligation de conseil qui incombait à l’intimé Roy, il souligne que celle-ci était d’autant plus grande vu le peu de

11

12

of Mr. Laflamme's lack of knowledge concerning investments.

connaissances de M. Laflamme en matière de placements.

13

He accordingly found that the respondents were entirely liable and listed the [TRANSLATION] "quite unmistakable and clearly proved" faults of the dealer, Roy, which he characterized as gross faults (at p. 2703):

Il retient ainsi l'entière responsabilité des intimés, énumérant comme suit les fautes «bien caractérisées et bien prouvées», qu'il qualifie de fautes lourdes, du courtier Roy (à la p. 2703):

1. Failure to be properly knowledgeable about his client's situation;
2. Failure to act in accordance with the client's objectives;
3. Failure to adequately inform the client concerning the nature, return on and risks of the investments;
4. Failure to comply with the client's specific instructions;
5. Failure to deal with his client in good faith and in accordance with good practice;
6. Extremely large numbers of transactions for the purpose of increasing commissions;
7. Failure by the defendant company to exercise proper supervision;
8. Clear conflict of interest with [Roy's] alleged supervisor, [Claudio] Vecchio, who received a 50 percent share of the defendant's commissions.

1. Défaut de bien connaître la situation de son client;
2. Défaut d'agir en conformité avec les objectifs du client;
3. Défaut d'avoir informé adéquatement son client sur la nature, le rendement et les risques des titres;
4. Défaut de se conformer aux instructions précises du client;
5. Défaut d'avoir agi avec bonne foi et loyauté avec son client;
6. Multiplication indue des transactions dans le but d'augmenter les commissions;
7. Défaut de surveillance adéquate de la part de la défenderesse;
8. Conflit évident d'intérêts entre le prétendu surveillant [de Roy, Claudio] Vecchio, qui partageait 50 % des commissions du défendeur.

14

On the question of quantum, Lebrun J. adopted the report prepared by the expert, Dorval, stating that the method used to establish the plaintiffs' losses was in accordance with the provisions of arts. 1073 and 1074 *C.C.L.C.* and the principle established in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377. He therefore found the respondents jointly and severally liable to pay to Armand Laflamme \$12,232.55, and to the appellant company \$1,466,141.08. The latter amount consists of the quantum of \$1,078,420 established by Dorval, to which Lebrun J. added Roy's commissions of \$111,812.15 and interest on the margin account totalling \$275,908.93, [TRANSLATION] "these amounts being recoverable in view of the evidence that they were acquired illegally and in breach of rules which are matters of public order" (p. 2704).

Sur la question du quantum, le juge Lebrun entérine le rapport de l'expert Dorval, indiquant que la méthode utilisée pour établir les pertes des demandeurs est conforme aux dispositions des art. 1073 et 1074 *C.c.B.C.* et au principe établi dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377. Il condamne donc les intimés conjointement et solidairement à payer à Armand Laflamme une somme de 12 232,55 \$ et à la société appelante, une somme de 1 466 141,08 \$. Ce dernier montant est constitué du quantum établi à 1 078 420 \$ par l'expert Dorval, auquel le juge Lebrun ajoute le montant des commissions de Roy s'élevant à 111 812,15 \$ ainsi que les intérêts sur marge totalisant 275 908,93 \$, «ces sommes étant recouvrables vu la preuve qu'elles ont été acquises de façon illégitime et en violation à des dispositions d'ordre public» (p. 2704).

Court of Appeal of Quebec, [1998] R.J.Q. 765

On March 16, 1998, the Court of Appeal allowed the respondents' appeal in part and reduced the total damages awarded to the appellant company to \$70,723.79.

On the issue of the respondents' liability, Letarte J.A., writing for the Court of Appeal, expressed the view that the trial judge had instructed himself properly as regards the nature of the faults committed by Roy. However, in the opinion of Letarte J.A., the Laflamme family had gradually become capable of managing their portfolio, and he felt that this should be identified as the point where the causal connection between the faults committed by the respondents and the damage suffered by the appellant company was broken. He identified the following errors as justifying intervention by the Court of Appeal (at p. 771):

[TRANSLATION]

- a) the calculation by the trial judge took into account the Burns-Fry period, which the parties had agreed to exclude;
- b) that calculation ignored the change in the discretionary nature of the portfolio's management during the period under consideration;
- c) by establishing the total loss as of the date on which the portfolio was closed in April 1990 he failed to take into account the respondent's obligation to mitigate the damages by closing the account earlier;
- d) the findings in the Dorval report relating to the accumulated losses already included the commissions and interest on the margin account;
- e) the amount of the losses did not take into account lost profits.

Concerning the conduct of the Laflamme family with respect to the management of their portfolio, Letarte J.A. was of the opinion that Lebrun J. had erred by failing to have regard to the change in the relationship between the parties, and in particular the fact that the Laflamme family account changed from "discretionary" to "non-discretionary". On this point, he said (at p. 772):

[TRANSLATION] Between the transfer and the letter directing that the account be closed, on March 2, 1990, a number of facts could have prompted the Laflamme

Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 765

Le 16 mars 1998, la Cour d'appel accueille, en partie, le pourvoi des intimés, réduisant le montant des dommages octroyés à l'appelante à 70 723,79 \$.

Sur la question de la responsabilité des intimés, la Cour d'appel, sous la plume du juge Letarte, estime que le juge de première instance s'est bien dirigé quant à l'appréciation des fautes de Roy. Cependant, de l'avis du juge Letarte, les Laflamme seraient graduellement devenus aptes à gérer leur portefeuille et c'est à partir de ce moment qu'il estime devoir fixer le point de rupture du lien de causalité entre les fautes des intimés et les dommages de l'appelante. Il identifie les erreurs suivantes qui justifient l'intervention de la Cour d'appel (à la p. 771):

- a) le calcul du premier juge tient compte de la période Burns-Fry, que les parties ont convenu d'écarter;
- b) ce calcul ignore la modification du caractère discrétionnaire de la gestion du portefeuille pendant la période retenue;
- c) fixer le montant de la perte à la date de la fermeture du portefeuille en avril 1990 ne tient aucun compte de l'obligation de l'intimée de mitiger ses dommages par la fermeture plus hâtive du compte;
- d) les conclusions du rapport Dorval sur les pertes cumulées incluaient déjà les commissions et les intérêts sur le compte marge;
- e) le montant des pertes ne tient pas compte des profits perdus.

Au sujet du comportement des Laflamme vis-à-vis la gestion de leur portefeuille, le juge Letarte est d'avis que le juge Lebrun a erré en ne tenant pas compte de la modification de la relation entre les parties et en particulier du fait que le compte des Laflamme soit passé de «discrétionnaire» à «non discrétionnaire». Il s'exprime ainsi (à la p. 772):

Entre le transfert et la lettre ordonnant la fermeture du compte, le 2 mars 1990, plusieurs faits auraient pu amener de la part des Laflamme une réaction plus hâtive.

15

16

17

family to respond earlier. By the spring of 1989 they had sufficient information on the stock market transactions and were aware of the status of their portfolio, and their confidence in Roy was beginning to be seriously eroded.

For one thing, the accountant, Martineau, had warned them of the danger of investing in speculative securities using an ever-growing line of credit.

These hesitations, and even questions, went on for several months before the Laflamme family decided to give their instructions to the appellants, *in short, to take control of their stock market transactions themselves.*

At what point in time were the Laflamme family capable of realizing that it was desirable for them to sever all ties with the appellants and call them to account? On the evidence, this point at least had to come during the period following the meeting at Le Bouvier restaurant in May 1989. As regards the period prior to this, I must rely on the findings of the trial judge regarding the circumstances that affected their capacity to make an informed decision in this respect. [Emphasis in original.]

18

According to Letarte J.A., the meeting at Le Bouvier restaurant prompted the first serious response from the appellant to Roy's management. During this meeting, Roy apparently strongly recommended that certain securities be kept. Despite those recommendations, Suzanne Laflamme wrote to Roy, on behalf of the appellant, on May 5, advising him that the appellant wished to sell the Quaker State securities in batches and that it would review its position concerning the Campeau securities within a month. [TRANSLATION] "The unavoidable conclusion is therefore that as of that point in time the Laflamme family had decided to take control and make their account a non-discretionary account" (p. 773). Thus, unlike Lebrun J., who found that the situation had crystallized in April 1990, Letarte J.A. felt that for the purpose of determining the total accumulated losses, the correct date to use was rather June 5, 1989 (at p. 774):

[TRANSLATION] With respect, I am of the opinion that the Laflamme family's loss of confidence in Roy developed gradually over a period beginning with the meeting on May 3, 1989, and continuing to the end of the period for thinking matters over referred to in the letter

D'ailleurs, dès le printemps 1989, ils étaient suffisamment renseignés sur les opérations boursières et connaissaient l'état de leur portefeuille, et leur confiance en Roy commençait à être sérieusement ébranlée.

D'une part, le comptable Martineau les avait mis en garde contre le danger d'investir dans des titres spéculatifs en utilisant une marge de crédit prenant de plus en plus d'importance.

Ces hésitations, voire ces interrogations, ont duré pendant quelques mois avant que les Laflamme ne décident de dicter aux appelants leurs instructions, *bref d'assurer eux-mêmes le contrôle de leurs transactions boursières.*

À quel moment les Laflamme ont-ils pu réaliser qu'il leur était loisible de rompre tout lien avec les appelants et d'obtenir une reddition de compte? La preuve impose de le situer, à tout le moins, dans la période qui a suivi la rencontre au restaurant Le Bouvier en mai 1989. Pour la période antérieure, je crois devoir m'en remettre aux conclusions du premier juge quant aux circonstances qui affectaient leur capacité de prendre à ce sujet une décision éclairée. [En italique dans l'original.]

Selon le juge Letarte, cette rencontre au restaurant Le Bouvier aurait suscité les premières réactions sérieuses de l'appelante à l'égard de la gestion de Roy. Lors de cette rencontre, Roy aurait fait part de recommandations pressantes en vue de la conservation de certains titres. En dépit de celles-ci, Suzanne Laflamme, pour l'appelante, écrit à Roy le 5 mai pour l'aviser qu'elle désirait vendre les titres de Quaker State par tranches et qu'elle réviserait sa position d'ici un mois pour les titres de Campeau. «S'impose donc le constat qu'à partir de ce moment les Laflamme avaient résolu de prendre les choses en mains et de rendre leur compte non discrétionnaire» (p. 773). Ainsi, contrairement au juge Lebrun qui cristallisa la situation en avril 1990, le juge Letarte estime, à la p. 774, que pour déterminer le montant de pertes cumulées, il faille plutôt retenir la date du 5 juin 1989:

Avec égards, je suis d'avis que la perte de confiance des Laflamme envers Roy s'est étalée graduellement à partir de la rencontre du 3 mai 1989 jusqu'à l'expiration de la période de réflexion mentionnée dans la lettre du 5 mai 1989 et qu'à l'expiration du délai l'intimée était

of May 5, 1989 and that at the end of that period, the respondent was sufficiently well informed to decide to close the account and stop the haemorrhage. I must therefore find that the final date, in terms of calculating the respondent's accumulated loss, was June 5, 1989.

In calculating the quantum, Letarte J.A., relying on Dorval's revised report, found that the accumulated losses between April 29, 1988, the date on which the account was transferred to Prudential-Bache, and June 5, 1989, totalled \$143,963. From that amount he deducted two withdrawals of \$30,000 and \$90,000 made by the appellant on June 10 and 16, 1998, for a net accumulated loss of \$23,963. That figure includes the interest received by the respondents and commissions paid. Letarte J.A. determined the lost profit to be \$46,760.79, representing an annual return of 4 percent on an average investment of \$1,061,423.50 from April 29, 1988 to June 5, 1989, a period of 402 days.

The Court of Appeal accordingly varied the trial decision and fixed the total award at \$70,723.79, representing the lost value of the portfolio (\$23,963) and the lost profit (\$46,760.79).

3. Analysis

The appeal does not involve the principles of the liability of a securities dealer. The findings of the trial judge concerning the liability of the dealer, Roy, and of Prudential-Bache were not appealed and were affirmed by the Court of Appeal.

The issue is rather the scope of the mandate and the time over which that mandate extended, and the associated duty to mitigate damages.

A. *Law*

A securities dealer may perform a variety of functions. First, in his most common role, the dealer is an intermediary. He buys and sells securities on behalf of his client, in accordance with the client's instructions. The dealer is in no way involved in the management of his client's portfolio and has no discretion regarding its content and

suffisamment informée pour décider de fermer le compte et arrêter l'hémorragie. C'est donc le 5 juin 1989 que je crois devoir retenir comme date finale du calcul de la perte cumulée de l'intimée.

Pour le calcul du quantum, le juge Letarte conclut, en s'appuyant sur le rapport révisé de l'expert Dorval, que les pertes cumulées entre le 29 avril 1988, date du transfert du compte chez Prudential-Bache, et le 5 juin 1989 se chiffrent à 143 963 \$. De cette somme, il déduit deux retraits de 30 000 \$ et 90 000 \$ effectués les 10 et 16 juin 1988 par l'appelante pour une perte cumulée nette de 23 963 \$. Cette somme inclut les intérêts perçus par les intimés de même que les commissions payées. Quant à la perte de profit, le juge Letarte fixe ce montant à 46 760,79 \$, soit un rendement annuel de 4 pour 100 pour un investissement moyen de 1 061 423,50 \$ pendant la période du 29 avril 1988 au 5 juin 1989, soit 402 jours.

La Cour d'appel modifie donc le jugement de première instance afin d'établir le montant de la condamnation à 70 723,79 \$, soit la somme de la perte de valeur du portefeuille (23 963 \$) et la perte de profit (46 760,79 \$).

3. Analyse

Le pourvoi ne concerne pas les principes de responsabilité du courtier en valeurs mobilières. Les conclusions du premier juge quant à la responsabilité du courtier Roy et de Prudential-Bache n'ont pas fait l'objet d'un appel et la Cour d'appel les a confirmées.

Le litige vise plutôt l'étendue du mandat et sa portée dans le temps, à laquelle se rattache l'obligation de minimiser les dommages.

A. *Le droit*

Le courtier en valeurs mobilières peut exercer différentes fonctions. D'une part, dans son rôle le plus habituel, le courtier est un intermédiaire. Il effectue l'achat ou la vente de valeurs pour le compte de son client et suivant les instructions de celui-ci. Le courtier n'est alors aucunement impliqué dans la gestion du portefeuille de son

19

20

21

22

23

the transactions to be carried out. In this situation, the client's account is sometimes referred to as "non-discretionary".

24 Second, a dealer may also be responsible for managing the portfolio. In addition to his function as a dealer, he is also a portfolio manager with responsibility for making decisions with respect to the management and make up of the portfolio (R. D. Lemoyne and G. R. Thibaudeau, "La responsabilité du courtier en valeurs mobilières au Québec" (1991), 51 *R. du B.* 503, at p. 523; L. I. Beaudoin, *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières* (1994), at pp. 10-11). This kind of account is referred to as a "discretionary" account. While in the case at bar Roy was both dealer and manager, these functions may sometimes be performed by different persons (*Securities Act*, R.S.Q., c. V-1.1, s. 5).

25 The functions of a manager and the powers granted to the manager may be quite extensive. Beaudoin, *supra*, describes them as follows at pp. 25-26:

[TRANSLATION] Authorized management of a portfolio results from delegation by the client of his decision-making authority. This task covers the intellectual, tactical and strategic activities performed in respect of a portfolio. The manager acts in accordance with the investment objectives set with the client. His decisions are essentially guided by the concept of maximizing return on the portfolio, having regard to the risks that this involves. The manager determines the portfolio's make up and the investments to make. On behalf of the client, he forwards orders to a securities dealer to buy or sell securities. He advises the depositary regarding future transactions relating to the client's portfolio and instructs it concerning settlements and security transfers. The dealer and the depositary, neither of which is a party to the portfolio management contract, act in accordance with the manager's instructions. The manager has no contractual relationship with the depositary, but does establish a contractual relationship with the dealer by giving him orders to buy or sell securities on behalf of the manager's client.

26 Thus, the manager makes most of the decisions relating to the portfolio and the make up of the portfolio. The scope of his management authority

client et ne jouit d'aucune discrétion quant à sa composition et aux transactions à effectuer. On dira parfois que le compte du client est alors «non discrétionnaire».

D'autre part, le courtier peut aussi être responsable de la gestion du portefeuille. À sa qualité de courtier se greffe alors celle d'un gestionnaire de portefeuille chargé de prendre des décisions quant à la gestion et la composition du portefeuille (R. D. Lemoyne et G. R. Thibaudeau, «La responsabilité du courtier en valeurs mobilières au Québec» (1991), 51 *R. du B.* 503, à la p. 523; L. I. Beaudoin, *Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières* (1994), aux pp. 10 et 11). On dira qu'il s'agit d'un compte «discrétionnaire». Bien qu'en l'espèce Roy soit à la fois courtier et gestionnaire, ces fonctions peuvent toutefois être exercées par des personnes différentes (*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.Q., ch. V-1.1, art. 5).

Les fonctions du gestionnaire et les pouvoirs qui lui sont accordés peuvent être considérables. Beaudoin, *op. cit.*, les décrit ainsi aux pp. 25 et 26:

La gestion d'office d'un portefeuille résulte d'une délégation de la part du client de son pouvoir de décider. Cette tâche vise les activités intellectuelles, tactiques et stratégiques posées sur un portefeuille. Le gérant agit conformément aux objectifs de placement établis avec le client. Ses décisions sont essentiellement guidées par l'idée de maximiser le rendement du portefeuille compte tenu des risques que l'opération comporte. Il décide de la composition du portefeuille et des placements à faire. Il transmet, au nom et pour le compte du client, des ordres d'acheter ou de vendre des titres à un courtier en valeurs. Il informe le dépositaire des opérations à venir pour le portefeuille du client et lui donne des directives pour les règlements et les transferts des titres. Le courtier et le dépositaire, tous deux étrangers au contrat de gestion de portefeuille, agissent suivant les instructions du gérant. Le gérant n'a aucune relation contractuelle avec le dépositaire. Il établit par ailleurs une relation contractuelle avec le courtier en lui donnant des ordres d'acheter ou de vendre des valeurs pour le compte de son client.

Ainsi, le gestionnaire prend l'essentiel des décisions qui concernent le portefeuille et sa composition. L'étendue de ses pouvoirs de gestion et

and the exercise of his discretion will, however, depend on any restrictions that are imposed by law or agreement. In particular, the agreement may expressly circumscribe the manager's authority and discretion, for instance by giving the client the option of confirming certain transactions. Such limitations may also be implicit in the client's investment objectives or circumstances.

For the most part, the legal relationship between the client and the securities dealer is governed by the rules of mandate. This legal characterization of the relationship is apparent when the dealer buys or sells in accordance with the client's instructions (art. 1735 *C.C.L.C.*; *Rothschild v. Duffield*, [1950] S.C.R. 495; *Beatty v. Inns*, [1953] Que. Q.B. 349). What is the situation for a portfolio manager? Despite the fact that the new *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, may suggest a new characterization of this relationship (art. 2130 *C.C.Q.*; Beaudoin, *supra*, at pp. 45-52), the rules of the *Civil Code of Lower Canada* concerning mandate, which apply to the facts of this case, are also binding on a portfolio manager, whether or not the manager is acting as a dealer. The mandate "commits a lawful business to the management of" the manager (art. 1701 *C.C.L.C.*; N. L'Heureux, "La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce" (1977), 18 *C. de D.* 397, at p. 438). He is acting as the mandatary of the client, the mandator. The object of the mandate is not simply the carrying out of a transaction, but rather the management of the client's portfolio, using a greater or lesser degree of discretion. The dealer's obligation then becomes [TRANSLATION] "an ongoing obligation as a manager, and no longer a simple mandate to buy or sell which is renewed for each transaction" (Lemoine and Thibaudeau, *supra*, at p. 523).

As in the case of any mandate, the mandate between a manager and his client is imbued with the concept of trust, since the client places his trust in the manager — the mandatary — to manage his affairs. The very definition of mandate in art. 1701 *C.C.L.C.* conveys this concept. As one author has written, the word "*confie*" ("commits", in the English version) implies a degree of trust, on the

l'exercice de sa discrétion seront toutefois fonction des limites légales et conventionnelles qui peuvent prévaloir. Notamment, la convention peut expressément circonscire ces pouvoirs et cette discrétion, entre autres en réservant au client la faculté de confirmer certaines transactions. Ces limitations peuvent aussi découler implicitement des objectifs de placement du client ou de sa situation.

Pour l'essentiel, la relation juridique entre le client et le courtier en valeurs mobilières relève des règles du mandat. Cette qualification juridique du rapport se conçoit bien lorsque le courtier effectue une acquisition ou une vente suivant les instructions du client (art. 1735 *C.c.B.C.*; *Rothschild c. Duffield*, [1950] R.C.S. 495; *Beatty c. Inns*, [1953] B.R. 349). Qu'en est-il du gestionnaire de portefeuille? Malgré que le nouveau *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, puisse suggérer une nouvelle qualification de ce rapport (art. 2130 *C.c.Q.*; Beaudoin, *op. cit.*, aux pp. 45 à 52), les règles du mandat du *Code civil du Bas Canada*, applicables aux faits en l'espèce, s'imposent aussi à l'égard du gestionnaire de portefeuille et ce, sans égard au fait qu'il agisse ou non à titre de courtier. Le gestionnaire est chargé de «la gestion d'une affaire licite» (art. 1701 *C.c.B.C.*; N. L'Heureux, «La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce» (1977), 18 *C. de D.* 397, à la p. 438). Il agit alors à titre de mandataire pour le compte du client, le mandant. L'objet du mandat n'est pas simplement l'exécution d'une transaction, mais plutôt la gestion plus ou moins discrétionnaire du portefeuille du client. L'obligation du courtier devient alors «une obligation continue de gestionnaire et non plus un simple mandat d'acheter ou de vendre qui se renouvelle à chaque opération» (Lemoine et Thibaudeau, *loc. cit.*, à la p. 523).

Comme tout mandat, celui qui unit le gestionnaire à son client est infusé de la notion de confiance, le gestionnaire, mandataire, étant investi de la confiance de son client pour la gestion de ses affaires. La définition même du mandat à l'art. 1701 *C.c.B.C.* véhicule cette notion. Comme l'a écrit un auteur, l'expression «confie» implique une certaine confiance de celui qui donne le man-

27

28

part of the person granting the mandate, in the person receiving it. This element of trust explains, for instance, the mandator's authority to revoke the mandate at any time (art. 1756 *C.C.L.C.*; art. 2176 *C.C.Q.*). This spirit of trust is reflected in the weight of the obligations that rest on the manager, which will be heavier where the mandator is vulnerable, lacks specialized knowledge, is dependent on the mandatary, and where the mandate is important. The corresponding requirements of fair dealing, good faith and diligence on the part of the manager in relation to his client will thus be more stringent.

dat en celui qui le reçoit. Cet élément de confiance explique notamment le pouvoir dont dispose le mandant de révoquer en tout temps le mandat (art. 1756 *C.c.B.C.*; art. 2176 *C.c.Q.*). Cet esprit de confiance se reflète dans l'intensité des obligations qui incombent au gestionnaire, laquelle est d'autant plus forte que le mandant est vulnérable, profane, dépendant du mandataire et que le mandat est important. Ainsi, les exigences de loyauté, fidélité et diligence du gestionnaire à l'égard de son client seront d'autant plus sévères.

29

The content of the obligations that rest on the manager will vary with the object of the mandate and the circumstances. One of the most fundamental of these obligations is that the manager exercise reasonable skill and all the care of a prudent administrator (art. 1710 *C.C.L.C.*). The conduct expected is not that of the best of managers, nor the worst. Rather, it is the conduct of a reasonably prudent and diligent manager performing similar functions in an analogous situation. Thus the portfolio manager's conduct must [TRANSLATION] "be analysed having regard to his role as a specialist in this kind of transaction, and to the practices of each profession" (L'Heureux, *supra*, at p. 425). The *Regulation respecting securities*, (1983) 115 G.O. II, 1269, further defines this obligation by requiring that in his relations with his client the manager use "the care that one might expect of an informed professional placed in the same circumstances" (s. 235). He must also deal in good faith, honestly and fairly with his clients (s. 234.1).

Le contenu des obligations qui incombent au gestionnaire variera en fonction de l'objet du mandat et des circonstances. Une des plus fondamentales de ces obligations exige que le gestionnaire agisse avec l'habileté convenable et tous les soins d'un bon père de famille (art. 1710 *C.c.B.C.*). Ce comportement n'est pas celui du meilleur des gestionnaires, ni du pire. Il s'agit plutôt du comportement d'un gestionnaire raisonnablement prudent et diligent exerçant des fonctions semblables et placé dans une situation analogue. Ainsi, la conduite du gestionnaire de portefeuille doit «être analysée en tenant compte de sa qualité de spécialiste de ce genre d'opérations, en tenant compte des usages de chaque profession» (L'Heureux, *loc. cit.*, à la p. 425). Le *Règlement sur les valeurs mobilières*, (1983) 115 G.O. II, 1511, précise davantage cette obligation en exigeant que le gestionnaire apporte à la relation avec son client «les soins que l'on peut attendre d'un professionnel avisé, placé dans les mêmes circonstances» (art. 235). Il doit aussi agir de bonne foi, avec honnêteté et loyauté (art. 234.1).

30

The mandate also imposes an obligation for the manager to inform his client and, in certain circumstances, a duty to advise him. The obligation to inform, now codified in art. 2139 *C.C.Q.*, requires that the manager, as mandatary, inform the mandator of the facts and of the progress of his management. Professor Claude Fabien summarizes the object of this obligation as follows ("Les règles du mandat", in *Chambre des notaires du Québec*,

Le mandat fait aussi naître pour le gestionnaire l'obligation d'informer son client ainsi que, dans certaines circonstances, le devoir de le conseiller. L'obligation d'informer, maintenant codifiée à l'art. 2139 *C.c.Q.*, exige du gestionnaire, en sa qualité de mandataire, qu'il renseigne le mandant des faits et du déroulement de sa gestion. Le professeur Claude Fabien résume ainsi l'objet de cette obligation («Les règles du mandat», dans *Chambre*

Extraits du Répertoire de droit — Mandat — Doctrine — Document 1 (1986), No. 127):

[TRANSLATION] The purpose of this obligation is to avoid the mandator doing things that are inconsistent, or to enable him to change his instructions or react to the circumstances. This obligation also implies that the mandatary will remain in contact with the mandator to allow communication in both directions. The mandatary's obligation to inquire from the mandator in the event of doubt concerning his instructions or authority could also be included. [References omitted.]

A professional mandatary also has a duty to provide advice (J.-L. Baudouin and P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5th ed. 1998), No. 1570). This duty results from the very nature of the portfolio management contract (art. 1024 C.C.L.C.; art. 1434 C.C.Q.). As noted by L'Heureux, *supra*, at p. 419, the dealer's duty to advise is [TRANSLATION] "in fact what often induces a client to retain his services". And according to Philippe Pétel (*Les obligations du mandataire* (1988), at pp. 151-52):

[TRANSLATION] Plainly, a mandator using the services of a professional as an intermediary in his relations with third parties expects a great deal from that intermediary. It is not merely a matter of performing a legal act in his absence, since such an outcome could in most cases be achieved by means of modern telecommunications. The mandator also wishes to have his interests *better taken care of* than they would have been had he acted directly. This is the reason for the existence of certain professional mandataries such as insurance brokers or freight forwarding agents. [Emphasis in original; references omitted.]

For the same reasons, a securities portfolio manager is also subject to this duty.

The duty to provide advice requires that the manager make his knowledge and expertise available to the client, and that he use them better to serve the client's interests in light of the client's objectives. However, the duty to provide advice is not the same as the obligation to inform, the substance of the latter being more objectively quantifi-

des notaires du Québec, *Extraits du Répertoire de droit — Mandat — Doctrine — Document 1* (1986), n° 127):

Cette obligation a pour finalité d'empêcher que le mandant ne fasse des actes contradictoires ou de lui permettre de modifier ses instructions ou de réagir selon les circonstances. Cette obligation implique aussi que le mandataire demeure en contact avec le mandant de manière à permettre la communication dans les deux sens. On pourrait aussi y associer l'obligation pour le mandataire de s'informer auprès du mandant en cas de doute sur ses instructions ou ses pouvoirs. [Notes omises.]

S'impose aussi au mandataire professionnel le devoir de conseil (J.-L. Baudouin et P. Deslauriers, *La responsabilité civile* (5^e éd. 1998), n° 1570). Ce devoir découle notamment de la nature même du contrat de gestion de portefeuille (art. 1024 C.c.B.C.; art. 1434 C.c.Q.). Comme le note L'Heureux, *loc. cit.*, à la p. 419, ce devoir de conseil du courtier est «d'ailleurs ce qui incite souvent un client à avoir recours à ses services». Et, de dire Philippe Pétel (*Les obligations du mandataire* (1988), aux pp. 151 et 152):

Il est de fait que le mandant faisant appel aux services d'un professionnel pour s'entremettre dans ses relations avec les tiers attend beaucoup de cet intermédiaire. Il ne s'agit pas seulement d'accomplir un acte juridique en dehors de sa présence car ce résultat pourrait la plupart du temps être atteint en ayant recours aux moyens de télécommunications modernes. Le mandant veut en outre que ses intérêts soient *mieux soignés* qu'ils ne l'auraient été s'il avait agi directement. C'est la raison d'être de certains mandataires professionnels tels que le courtier en assurances ou le commissionnaire de transport. [En italique dans l'original; notes omises.]

Pour les mêmes raisons, le gestionnaire d'un portefeuille de valeurs mobilières est aussi tenu à ce devoir.

Ce devoir de conseil exige de la part du gestionnaire qu'il fasse part au client de ses connaissances et de son expertise, et les utilise dans le but de mieux servir les intérêts de ce dernier eu égard aux objectifs visés. Ce devoir de conseil se distingue cependant de l'obligation d'informer dont le contenu revêt plutôt une certaine précision objective.

31

32

33

able. As Pétel says, *supra*, at pp. 155-56, [TRANSLATION] “advice is not just any kind of information. It is directed information, designed to guide its recipient toward a decision consistent with his interests”. This duty relates not only to the risks associated with certain initiatives, but also to the very nature of the matters agreed to between mandatary and mandator, especially where the mandator is a lay person. Thus, the duty to advise extends to everything involved in the mandate to manage the portfolio, including the consequences for the client of any change in the object of the mandate. The manager being subject to an ongoing obligation to manage, this duty continues as long as the object of the mandate given by the client to the manager remains unchanged and could even survive the termination of the mandate (art. 1709 C.C.L.C.; art. 2182 C.C.Q.).

34 The scope and nature of this duty will vary with the circumstances. Specifically, we note the importance of the client’s personality. As René Savatier has commented, [TRANSLATION] “any mandate given by a lay person to a person with special knowledge gives rise to a duty to provide advice” (“Les contrats de conseil professionnel en droit privé”, D. 1972.chron.137, at p. 140). The substantive content of the duty to provide advice will vary inversely with the client’s knowledge of investments (*Mines v. Calumet Investments Ltd.*, [1959] C.S. 455; *Proulx v. Société de placements & Co.*, [1976] C.A. 121). A dealer who is a manager is also required to be well informed as to his client (*Securities Act*, s. 161; *Regulation respecting securities*, s. 232; Commission des valeurs mobilières du Québec, *Instructions générales québécoises Q-9*, s. 57).

B. Application to the Facts

35 As noted earlier, the actual liability of the respondents is not in issue. The Superior Court and the Court of Appeal agree that they have incurred liability through their actions. The respondents have not appealed those findings to this Court.

36 I agree with the findings of the trial judge in that regard. The faults committed by the respondent

Comme l’indique Pétel, *op. cit.*, aux pp. 155 et 156, «le conseil n’est pas n’importe quelle information. C’est une information orientée, destinée à guider son destinataire vers une décision conforme à ses intérêts». Ce devoir porte non seulement sur les risques que comportent certaines initiatives, mais aussi sur la nature même des engagements entre le mandataire et le mandant, surtout lorsque profane. Ainsi, le devoir de conseil s’étend à tout ce qui concerne le mandat de gestion du portefeuille, y compris les conséquences pour le client d’une modification de son objet. Il subsiste tant que l’objet du mandat confié par le client au gestionnaire n’est pas modifié, ce dernier étant tenu à une obligation continue de gestion, et pourrait même survivre à la fin du mandat (art. 1709 C.c.B.C.; art. 2182 C.c.Q.).

L’étendue et la nature de ce devoir varieront en fonction des circonstances. En particulier, on note l’importance de la personnalité du client. Comme l’a fait remarquer René Savatier, «donné par un profane à un initié, tout mandat est générateur d’un devoir de conseil» («Les contrats de conseil professionnel en droit privé», D. 1972.chron.137, à la p. 140). L’intensité du devoir de conseil sera d’autant plus importante que les connaissances du client en matière d’investissements sont faibles (*Mines c. Calumet Investments Ltd.*, [1959] C.S. 455; *Proulx c. Société de placements & Co.*, [1976] C.A. 121). Le courtier, gestionnaire, est d’ailleurs tenu de bien connaître son client (*Loi sur les valeurs mobilières*, art. 161; *Règlement sur les valeurs mobilières*, art. 232; Commission des valeurs mobilières du Québec, *Instructions générales québécoises Q-9*, art. 57).

B. Application aux faits

Comme je l’ai indiqué plus haut, la responsabilité même des intimés n’est pas remise en question. La Cour supérieure et la Cour d’appel s’entendent pour dire que ceux-ci ont engagé leur responsabilité par leurs agissements. Ces derniers n’en ont pas appelé de ces conclusions devant notre Cour.

Je suis d’accord avec les conclusions du juge de première instance à cet égard. Les fautes commises

Roy are apparent from the record. He failed to comply with the conduct required of a prudent and diligent manager, in that he failed to construct an organized and diversified portfolio, carried out transactions that were inconsistent with the client's general instructions, acquired speculative securities and failed to have regard to his client's investment objectives. As a mandatary, the respondent Roy also failed to deal fairly and honestly with his client, as he was expected to do. There could be no clearer illustration of that breach than his failure to comply with the Laflamme family's instructions concerning the amounts to be invested in the stock market and the immediate cessation of transactions on margin.

The issue which arises is the point in time when the respondents' liability ceased. That point in time may be decisive, in view of the nature of the damages in this case, which resulted not from losses caused by an easily singled out act, such as an unauthorized transaction or the failure to act on the client's instructions to buy or sell a particular security, but rather from the on-going mismanagement of a portfolio whose value fluctuates continuously with the prices of the securities of which it is made up. The point at which the causal connection was broken may then have a major impact on the value of the portfolio, and consequently on the quantum of damages.

One of the grounds on which the Court of Appeal intervened was that the respondents' liability should have ended on June 5, 1989. According to Letarte J.A., the trial judge's calculation of the damages ignored the change in the discretionary nature of the management of the portfolio. He also held that by basing the determination of the amount of the loss on the date on which the account was closed, in April 1990, Lebrun J. erred by failing to take into account the appellant's duty to mitigate its damages.

(i) Change in Object of the Mandate

The Superior Court held that the period for assessing damages ended in April 1990, when the activity in the account ceased after the appellant

par l'intimé Roy ressortent clairement du dossier. Celui-ci a fait défaut de se conformer au comportement d'un gestionnaire prudent et diligent en ne constituant pas un portefeuille structuré et diversifié, en effectuant des transactions sans respecter les instructions générales du client, en acquérant des titres de nature spéculative et en ne tenant pas compte des objectifs de placement de son client. En tant que mandataire, l'intimé Roy a aussi fait défaut d'agir avec la loyauté et l'honnêteté attendues envers son client. Ce manquement s'illustre on ne peut plus clairement par son défaut de respecter les instructions précises des Laflamme quant aux montants à placer à la bourse et à la cessation immédiate des transactions sur marge.

La question qui se pose est de savoir à quel moment cette responsabilité des intimés cesse. Ce moment peut être déterminant eu égard à la nature des dommages en l'espèce. Ceux-ci ne résultent pas de pertes suite à un acte facilement isolable, telle une transaction non autorisée ou le défaut de donner suite aux instructions du client pour l'achat ou la vente d'un titre particulier. Ils découlent plutôt de la mauvaise gestion continue d'un portefeuille dont la valeur fluctue continuellement suivant le cours des valeurs mobilières qui le composent. Le moment où on cristallise la rupture du lien de causalité peut alors avoir un effet important sur la valeur du portefeuille et, par conséquent, le montant des dommages.

La Cour d'appel est intervenue au motif, entre autres, que la responsabilité des intimés aurait dû cesser le 5 juin 1989. Selon le juge Letarte, le calcul des dommages du juge de première instance ignorait la modification du caractère discrétionnaire de la gestion du portefeuille. En fixant le montant de la perte à la date de fermeture du compte en avril 1990, le juge Lebrun aurait aussi erré en ne tenant pas compte de l'obligation de l'appelante de minimiser ses dommages.

(i) Modification de l'objet du mandat

La Cour supérieure fixe la date de la fin de la période d'évaluation des dommages à avril 1990, soit le moment où l'activité au compte a cessé

37

38

39

closed it in March. The Court of Appeal regarded this as an error, and was instead of the opinion that the date should be June 5, 1989, the end of the one-month period the appellant allowed itself in its letter of May 5, 1989, for making a decision concerning the Campeau shares held in the portfolio.

suite à sa fermeture en mars par l'appelante. La Cour d'appel voit là une erreur, étant plutôt d'avis que cette date devrait s'établir au 5 juin 1989, soit à l'expiration du délai d'un mois que se donnait l'appelante dans sa lettre du 5 mai 1989 pour prendre une décision au sujet des actions de Campeau détenues dans le portefeuille.

40

The intervention by the Court of Appeal was based on its own assessment of the evidence. Letarte J.A. was of the opinion that at the end of the period specified in the letter of May 5, the Laflamme family had acquired sufficient knowledge of stock market transactions and the status of their portfolio. Their confidence in Roy had also been seriously undermined. In the view of the Court of Appeal, the Laflamme family, by that letter, took [TRANSLATION] “control of their stock market transactions themselves” (p. 772 (emphasis in original)). At that point in time, the account changed from “discretionary” to “non-discretionary”. This means that as of that date, the dealer was no longer responsible for managing the portfolio, his role now being limited to that of a mere instrumental agent responsible for carrying out the client’s instructions. Decisions concerning the management and make-up of the portfolio would now be left to the appellant.

L’intervention de la Cour d’appel repose sur sa propre appréciation de la preuve. Le juge Letarte considère qu’à l’expiration du délai prévu dans la lettre du 5 mai, les Laflamme avaient acquis suffisamment de connaissances sur les opérations boursières et l’état de leur portefeuille. Leur confiance en Roy était aussi sérieusement ébranlée. Ainsi, selon la Cour d’appel, par cette lettre les Laflamme assuraient «eux-mêmes le contrôle de leurs transactions boursières» (p. 772 (en italique dans l’original)). À ce moment, le compte passait de «discretionnaire» à «non discretionnaire». Ceci implique qu’à partir de cette date, le courtier n’était plus chargé de la gestion du portefeuille, son rôle se limitant dorénavant à celui de simple exécutant responsable de la mise en œuvre des instructions du client. Les décisions quant à la gestion et la composition du portefeuille relèveraient maintenant de l’appelante.

41

With respect, the intervention by the Court of Appeal on this issue seems unwarranted. No patent error by the trial judge that would justify reassessment of the evidence was identified. The principle that an appellate court must exercise deference with respect to a trial judge’s findings of fact has been clearly established by this Court. La Forest J. reiterated that principle in *Hodgkinson v. Simms*, *supra*, at pp. 425-26:

Avec égards, l’intervention de la Cour d’appel sur cette question m’apparaît injustifiée. Aucune erreur manifeste de la part du juge de première instance justifiant une nouvelle appréciation de la preuve n’a été identifiée. Or, le principe voulant qu’une cour d’appel doive faire preuve de retenue à l’égard des conclusions de fait d’un juge de première instance est clairement établi par notre Cour. Le juge La Forest le rappelait encore dans *Hodgkinson c. Simms*, précité, aux pp. 425 et 426:

It is axiomatic that a reviewing court must exercise considerable deference with respect to a trial judge’s findings of fact, all the more so when those findings are based on credibility; see *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, *supra*, at pp. 204-5; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at pp. 794, 799; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, at p. 683; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, at p. 272. In my view, the reasons supporting this principle apply with particular force to situations where a trial judge is asked

Il est évident qu’un tribunal d’examen doit faire preuve d’une grande retenue à l’égard des conclusions de fait d’un juge de première instance, et ce, d’autant plus lorsque ces conclusions reposent sur la crédibilité; voir les arrêts *Fletcher c. Société d’assurance publique du Manitoba*, précité, aux pp. 204 et 205; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, aux pp. 794 et 799; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, à la p. 683; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268, à la p. 272. À mon avis, les motifs à l’appui de ce principe

to characterize a relationship for the purposes of determining the nature and extent of civil liability. . . . I stress that the principle of non-intervention stated in this line of cases is not merely cautionary; it is a rule of law. Failing a manifest error, an appellate court simply has no jurisdiction to interfere with the findings and conclusions of fact of a trial judge; see *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at pp. 358-59.

Despite the fact that the Court of Appeal indicated that it agreed with the trial judge's findings, it erred by nevertheless drawing its own conclusions concerning the intentions of the Laflamme family, the interpretation of the letter of May 5, and the object of the mandate.

The trial judge clearly rejected the interpretation of the letters sent by the Laflamme family as indicating that they were gradually taking control of the management of their portfolio. In his view, those letters showed that the Laflamme family [TRANSLATION] "were mystified by the 'play' of the stock market, that they had only a minimal understanding of the transactions carried out on their behalf by the defendant, that it was their accountant and auditor who made them aware, when preparing the financial statements, of the mess that the defendant was making of things" (p. 2701). More specifically, concerning the letter of July 15, 1988, Lebrun J. pointed out that, in the three experts' opinions, that letter [TRANSLATION] "contained numerous contradictions, and demonstrated an obvious lack of knowledge on the part of the person who signed it, as well as unequivocal proof of the need for safe investments of members of the Laflamme family concerned" (pp. 2697-98).

Nor, would I add, with respect, do the facts support the Court of Appeal's interpretation of the letter of May 5. The Court placed great weight on the events of May 1989, to conclude that this was a turning point in relations between the parties. However, the testimony of the parties concerning the meeting on May 3, 1989, at Le Bouvier restaurant were contradictory, as the Court of Appeal noted (at p. 773):

s'appliquent à plus forte raison aux situations où l'on demande au juge de première instance de qualifier une relation afin de déterminer la nature et l'étendue de la responsabilité civile. [. . .] [J]e tiens à préciser que le principe de non-intervention formulé dans ce courant de jurisprudence ne constitue pas simplement une mise en garde; c'est une règle de droit. À moins d'une erreur manifeste, une cour d'appel n'est tout simplement pas compétente pour modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance; voir l'arrêt *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, aux pp. 358 et 359.

Malgré que la Cour d'appel ait indiqué qu'elle acceptait les conclusions du juge de première instance, elle a erré en tirant néanmoins ses propres conclusions quant aux intentions des Laflamme, à l'interprétation de la lettre du 5 mai et à l'objet du mandat.

Le juge de première instance a clairement rejeté une interprétation des lettres envoyées par les Laflamme voulant que celles-ci révèlent une prise de contrôle graduelle de la gestion de leur portefeuille. À son avis, celles-ci montraient que les Laflamme «étaient mystifiés par le 'jeu' de la bourse, qu'ils ne comprenaient que le minimum des opérations effectuées à leur place par le défendeur, à telle enseigne, que c'est leur comptable-vérificateur qui leur a fait prendre conscience, lors de la préparation des états financiers, du gâchis qu'était en train de réaliser le défendeur» (p. 2701). Plus particulièrement, au sujet de la lettre du 15 juillet 1988, le juge Lebrun relève que, de l'avis des trois experts, cette lettre, «comportant autant de contradictions, démontre un manque de connaissances évident de la part du signataire de même qu'une preuve non équivoque du besoin de placements sécuritaires de la part des intéressés Laflamme» (pp. 2697 et 2698).

J'ajouterais avec égards que les faits n'appuient pas non plus l'interprétation de la lettre du 5 mai que fait la Cour d'appel. Elle accorde beaucoup d'importance aux événements de mai 1989 pour conclure qu'il s'agit d'un point tournant dans la relation entre les parties. Or, les témoignages des parties au sujet de la rencontre du 3 mai 1989 au restaurant Le Bouvier sont contradictoires, comme le note la Cour d'appel (à la p. 773):

42

43

44

[TRANSLATION] Roy's description of the meeting on May 3 was flatly contradicted by the Laflamme family, whom the trial judge believed "without the slightest hesitation". Roy claims to have strongly suggested that the Campeau shares be sold, despite the objections of the Laflamme family. They maintain exactly the opposite: Roy painted a glowing picture of huge profits for them, and added that he was keeping the same shares in his father's portfolio, and that he was even considering buying them himself: "... you won't lose anything ...".

45 While he did not make a specific finding concerning the events of May 1989, Lebrun J. did make a general finding concerning the credibility of the witnesses. On the whole, he believed the Laflamme family.

46 There is nothing to indicate that the parties stopped to consider changing the mandate by terminating discretionary management. In that case, Roy would have been obliged to inform the Laflamme family, who were not knowledgeable investors, of the effects of this change on the management of the account, to ensure that an informed decision was made. This stems from his obligation to act in good faith. He would then also have been required to advise them concerning the implications of that decision and, at the very least, tell them clearly that they alone would now be responsible for all aspects of management of the portfolio. In fact, the Laflamme family remained under the impression that Roy was still handling their affairs.

47 Thus, in the circumstances, the letter of May 5 was not an express or implied revocation of the management mandate given to the respondents nor a change in its object or their obligations. As we have seen, the degree of discretion that a dealer enjoys in managing a portfolio may vary. There is nothing to prevent the scope of that discretion being limited or the client being involved in the portfolio's management from time to time. Intervention of that sort by the client is possible without it amounting to a change in the object of the mandate or to a revocation of the mandate. In view of the length of the relationship between the parties, the Laflamme family's lack of knowledge concerning securities markets and investment manage-

La description faite par Roy de la réunion du 3 mai est nettement contredite par les Laflamme, que le premier juge a crus 'sans la moindre hésitation'. Roy prétend avoir suggéré fortement la vente des actions de Campeau, malgré les objections des Laflamme. Ces derniers prétendent exactement le contraire: Roy leur a fait miroiter des profits énormes, ajoutant qu'il conservait ces mêmes titres dans le portefeuille de son père et qu'il était même disposé à les racheter lui-même: '... vous ne perdrez rien ...'.

Malgré qu'il ne se soit pas prononcé expressément sur les événements de mai 1989, le juge Lebrun s'est néanmoins prononcé, de façon générale, sur la crédibilité des témoins. Dans l'ensemble, il a cru les Laflamme.

Rien n'indique que les parties se soient arrêtées à envisager un changement de mandat, une cessation de gestion discrétionnaire. Or, en tel cas, Roy aurait été tenu d'informer les Laflamme, investisseurs non avertis, quant aux effets de ce changement sur la gestion du compte afin d'assurer une prise de décision éclairée. L'obligation d'agir de bonne foi l'exige. De même, il aurait alors dû les conseiller quant aux implications de cette décision et, à tout le moins, leur indiquer clairement qu'ils seraient dorénavant seuls responsables pour tous les aspects de la gestion du portefeuille. Or, les Laflamme sont demeurés sous l'impression que Roy s'occupait toujours de leurs affaires.

Ainsi, dans les circonstances, la lettre du 5 mai ne constitue, de façon expresse ou implicite, ni une révocation du mandat de gestion confié aux intimés, ni une modification de son objet ou de leurs obligations. Comme nous l'avons vu, la discrétion du courtier quant à la gestion du portefeuille peut être plus ou moins grande. Rien ne s'oppose à ce que l'étendue de cette discrétion soit circonscrite ou que le client s'implique à l'occasion dans cette gestion. De telles interventions de la part du client sont possibles sans pour autant qu'elles n'équivalent à une modification de l'objet du mandat ou sa révocation. Compte tenu de la durée de la relation entre les parties, du peu de connaissances des Laflamme à l'égard des marchés

ment, and the size of the portfolio and role of the mandatary, much more would have been required in the instant case in order for there to have been an implied change to or revocation of the management mandate.

I would also add that the conduct of the respondent Roy following receipt of the letter of May 5 is not consistent with such an interpretation of the letter's effect. Not only was there no communication between the parties subsequent to that letter, but quite a number of transactions were in fact carried out by Roy relating to the appellant's portfolio. The respondents claim that only 18 administrative transactions were carried out, such as cashing matured government bonds and performing obligations incurred by way of options. However, the account statements in the record show that, while he did so less frequently, the respondent Roy bought and sold a number of securities without instructions from the appellant. During the hearing in this Court, the respondents in fact had some difficulty explaining these transactions. The only possible conclusion is thus that Roy continued to manage the portfolio on a discretionary basis despite the letter of May 5.

In any event, even if we were to accept that in late spring 1989 the object of the mandate had been changed from discretionary to non-discretionary management, this would not mean that the respondents had no liability. Despite any such change in the object of the mandate, Roy, the dealer, is still responsible for the injury resulting from the faults he committed. Thus, absent any fault on the part of the appellant or a third party, the damages in the instant case were the direct result of the mismanagement of the portfolio by the respondent Roy, and accordingly, even if we were to accept that the letter operated to change or revoke the management mandate, Roy is still liable, since the faults were committed prior to the letter. The respondents' liability cannot end merely because the object of the mandate was changed or the appellant opted to take over control of the management of its portfolio.

Accordingly, the discussions of May 1989 did not change the object of the mandate between the

boursiers et de la gestion d'investissements, ainsi que de l'importance du portefeuille et du rôle du mandataire, la modification ou la révocation implicite du mandat de gestion aurait exigé bien davantage en l'espèce.

J'ajouterais aussi que le comportement de l'intimé Roy suite à la réception de la lettre du 5 mai ne s'accorde pas avec une telle interprétation de son effet. Non seulement il y a absence de communication entre les parties suite à cette lettre, mais de nombreuses transactions ont néanmoins été effectuées par Roy pour le compte du portefeuille de l'appelante. Les intimés prétendent que seulement 18 transactions de nature administrative, tel l'encaissement de bons du trésor échus et le respect d'obligations contractées par voie d'options, auraient été effectuées. Les relevés de compte au dossier révèlent cependant que, quoiqu'en nombre réduit, l'intimé Roy a acheté et vendu certains titres sans instructions de l'appelante. À l'audition devant notre Cour, les intimés avaient d'ailleurs peine à expliquer ces transactions. Ainsi, on ne peut que conclure que Roy a continué de gérer le portefeuille de façon discrétionnaire malgré la lettre du 5 mai.

De toute façon, même si l'on acceptait que vers la fin du printemps 1989 l'objet du mandat aurait été modifié d'une gestion discrétionnaire à une gestion non discrétionnaire, la responsabilité des intimés n'en serait pas pour autant écartée. Malgré une telle modification de l'objet du mandat, le courtier Roy demeure néanmoins tenu du préjudice qui découle de ses fautes. Ainsi, en l'absence d'une faute de l'appelante ou d'un tiers, les dommages en l'espèce découlent directement de la mauvaise gestion du portefeuille par l'intimé Roy de sorte que, même si l'on accepte que la lettre ait opéré modification ou révocation du mandat de gestion, celui-ci demeure responsable car les fautes sont survenues avant cette lettre. La responsabilité des intimés ne saurait cesser du simple fait que l'objet du mandat aurait été modifié ou que l'appelante aurait choisi de prendre contrôle de la gestion de son portefeuille.

Par conséquent, les échanges de mai 1989 n'ont pas eu pour effet de modifier l'objet du mandat

48

49

50

Laflamme family and the respondents, and Roy, the dealer, continued to be subject to an ongoing management obligation. The Court of Appeal erred when it intervened on this ground and substituted its own interpretation of the facts for the trial judge's interpretation, absent patent error on his part.

(ii) Mitigation of Damages

51 The Court of Appeal and the respondents also state that the Laflamme family ought to have acted earlier to mitigate the damages resulting from mismanagement of the portfolio. The Laflamme family did nothing after the letter of May 5, 1989. Should they have taken action? Did they have an obligation to terminate the mandate and change the investments?

52 Civil law imposes an obligation on a creditor to mitigate damages. This obligation, which is now codified in art. 1479 *C.C.Q.*, requires that a creditor avoid aggravating the risk [TRANSLATION] "by taking the measures that would have been taken, in the same circumstances, by a reasonably prudent and diligent person" (Baudouin and Deslauriers, *supra*, No. 1256). The specific circumstances of each situation must therefore be considered in assessing what conduct is expected of a creditor.

53 In the case of injury resulting from mismanagement of a securities portfolio, a flexible approach must be taken in determining what constitutes a reasonable period of time for the client to act and mitigate the damages. In particular, regard must be had to the client's level of experience and knowledge of investments, and to the complexity of the situation.

54 I would add that the sense of trust that is characteristic of a contract of mandate also has a significant impact on the state of mind of a client who is the victim of a fault committed by a manager. In this case, that trust lay in the belief acquired in the professional merit of the manager, as a result of which a client, especially one who is not knowledgeable, may be unable or at least reluctant to

entre les Laflamme et les intimés, le courtier Roy étant toujours tenu à une obligation continue de gestion. La Cour d'appel a erré en intervenant pour ce motif et en substituant sa propre interprétation des faits à celle du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste de sa part.

(ii) Minimisation des dommages

La Cour d'appel et les intimés affirment par ailleurs que les Laflamme auraient dû intervenir plus tôt pour minimiser les dommages qui découlaient de la mauvaise gestion du portefeuille. Après la lettre du 5 mai 1989, les Laflamme n'ont rien fait. Auraient-ils dû agir? Étaient-ils tenus de mettre fin au mandat et modifier les placements?

Le droit civil impose au créancier l'obligation de minimiser les dommages. Cette obligation, maintenant codifiée à l'art. 1479 *C.c.Q.*, exige du créancier qu'il évite l'aggravation du risque «en prenant les mesures qu'aurait prises, dans les mêmes circonstances, une personne raisonnablement prudente et diligente» (Baudouin et Deslauriers, *op. cit.*, n° 1256). Il y a donc lieu de tenir compte des circonstances propres à chaque situation dans l'évaluation de ce qui constitue le comportement attendu du créancier.

Dans le cas d'un préjudice découlant de la mauvaise gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières, il faut notamment faire preuve de souplesse quant à la détermination de ce qui constitue, de la part du client, un délai raisonnable pour agir et minimiser les dommages. Notamment, il faudra tenir compte de son niveau d'expérience et de connaissances en matière d'investissements ainsi que de la complexité de la situation.

J'ajouterais que le sentiment de confiance dont est empreint le contrat de mandat a aussi un effet appréciable sur l'état d'esprit du client, victime de la faute du gestionnaire. Cette confiance, en l'espèce, c'est la croyance acquise en la valeur professionnelle du gestionnaire qui fait que le client, surtout non averti, puisse être incapable ou du moins hésitant à croire à son incompétence. Tant la con-

believe that the manager is incompetent. Both that trust and the confusion resulting from a loss of trust will make it particularly difficult for the victim to take charge of the situation. Awareness of the extent of the injury dawns more slowly. This situation, which the manager himself has created by representing himself as a professional worthy of trust, must be taken into account before blaming the victim for any want of diligence in mitigating damages, especially since the measures to be taken were not obvious and responsibility for taking or advising those measures rested primarily on the respondents, as knowledgeable dealers and managers. A number of options were available: transfer the portfolio to another manager, sell the securities held, or hold onto them in the hope that they would go up in value. Obviously, it is easy to identify the right course of action in hindsight. At the time however the decision was one that called for an assessment of highly complex risks, and that involved risks of its own. The Laflamme family held onto the securities. Should they be faulted for that? In the circumstances, we must conclude that they are not to blame.

Liquidating or reorganizing the portfolio would not have been an easy task for the Laflamme family. Playing the stock market requires a thorough knowledge of finance, economics and the dynamics of securities markets. Professionals make their careers, and sometimes even lose them, by their choice of timing of securities transactions. In this case, the Laflamme family were not dealing with one investment, or a few investments, that they should or should not have disposed of. On the contrary, the portfolio, which was Armand Laflamme's retirement fund, was composed of a number of securities on both the Canadian and American markets. It was made up of shares, warrants, call options, put options, mutual funds, debentures and government bonds — in short, a range of sometimes highly sophisticated financial instruments. We should not forget the complexity of the situation facing the Laflamme family.

fiance que le désarroi suite à sa perte rendent alors d'autant plus difficile pour la victime la prise en main de la situation. L'éveil face à l'étendue du préjudice est plus lent. Il faut tenir compte de cette réalité, que le gestionnaire a lui-même créée en se présentant comme un professionnel digne de confiance, avant de reprocher à la victime un manque de diligence à minimiser les dommages, ceci d'autant plus que les mesures à prendre n'étaient pas évidentes et qu'il appartiendrait en premier lieu aux intimés à titre de courtiers et gestionnaires avertis de le faire ou les conseiller. En effet, plusieurs alternatives se présentaient: le transfert du portefeuille à un autre gestionnaire, la vente des titres détenus ou la conservation de ces titres dans l'espoir que leur valeur augmente. Il est évidemment facile, après le fait, d'identifier la voie à suivre. Or, sur le coup, il s'agit d'une décision impliquant une appréciation de risques fort complexe et comportant ses propres risques. Les Laflamme ont conservé ces titres. Doit-on leur reprocher faute? Dans les circonstances, il nous faut conclure que non.

La liquidation ou la restructuration du portefeuille n'aurait pas été une opération simple pour les Laflamme. Le jeu de la bourse exige une connaissance approfondie de la finance, de l'économie et de la dynamique des marchés boursiers. Des professionnels font une carrière, et parfois même la perdent, à choisir le moment pour effectuer des transactions de valeurs mobilières. En l'espèce, les Laflamme n'étaient pas aux prises avec un ou quelques placements dont ils devaient ou non se défaire. Au contraire, le portefeuille, qui représentait le fonds de retraite d'Armand Laflamme, se composait de plusieurs titres tant sur le marché canadien qu'américain. Il était constitué d'actions, de bons de souscription d'actions (*warrants*), d'options d'achat (*call options*), d'options de vente (*put options*), de fonds mutuels, de débetures et de bons du trésor, bref d'instruments financiers divers et parfois très sophistiqués. On ne saurait donc perdre de vue la complexité de la situation à laquelle les Laflamme faisaient face.

56

In order to prevail on this issue, the respondents had to show that the Laflamme family were negligent when they failed to intervene in the respondents' management earlier in the hope of minimizing the losses. The trial judge noted the state of mind and the knowledge of the Laflamme family, who held onto securities in reliance on assurances given by the respondent Roy, whom they trusted. The losses caused by the bad advice and grossly negligent management by Roy cannot be laid at their doorstep. It is reasonable to assume that an average investor faced with similar circumstances would have been indecisive and hesitant when faced with the various options: selling the securities and taking the loss, holding onto them and hoping that they would go back up in value, or transferring the account to another manager. Nor was any evidence tendered to suggest that, on the information available to them at the time, any of these options would have been beneficial. For all these reasons, the Laflamme family cannot be faulted for failing to take further measures in the hope of minimizing the losses. Those losses were sustained as a result of mismanagement by the respondents, which, as the trial judge found, continued until the account was closed.

57

The respondents cited the decision of the Quebec Court of Appeal in *Bazinet v. Wood Gundy Inc.*, [1997] R.R.A. 273. That decision is not applicable here. In that case, the investor had made an investment on the basis of incomplete information provided by the dealer. One year later, concerned about the mediocre performance of his investment, he got the straight facts from another dealer with the same brokerage firm, who told him that it was in fact a highly speculative investment. Nonetheless, he held onto the securities. In the opinion of the Court of Appeal, the investor then had to bear the adverse consequences of holding onto the securities with full knowledge of the risk. The nature or termination of a management mandate or the measures to be taken were not at issue, but rather, a risk assumed with full knowledge of the situation, resulting from holding onto an investment that was not in compliance with the instructions given at the outset.

Pour avoir gain de cause sur cette question, les intimés devaient démontrer que les Laflamme ont commis une faute en n'intervenant pas plus tôt dans la gestion des intimés dans l'espoir de minimiser les pertes. Le juge du procès a constaté l'état d'esprit et de connaissances des Laflamme. Ils ont conservé des titres sur la foi des assurances de l'intimé Roy à qui ils faisaient confiance. On ne peut leur imputer les pertes causées par les mauvais conseils et la gestion qualifiée de faute lourde de Roy. On peut raisonnablement croire que l'investisseur moyen aux prises avec des circonstances semblables aurait été indécis et hésitant devant les possibilités de vendre les titres et d'accepter la perte, de les conserver en espérant que leur valeur remonte ou de transférer le compte aux soins d'un autre gestionnaire. Aucune preuve n'a d'ailleurs été présentée qui indiquerait selon leurs informations à l'époque que l'une ou l'autre de ces alternatives serait plus favorable. Pour toutes ces raisons, on ne peut reprocher aux Laflamme de n'avoir pas pris d'autres mesures dans l'espoir de minimiser les pertes. Celles-ci sont imputables à la gestion fautive des intimés qui a continué, comme l'a constaté le premier juge, jusqu'à la fermeture du compte.

Les intimés invoquent la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Bazinet c. Wood Gundy Inc.*, [1997] R.R.A. 273. Elle ne trouve pas application. Dans cette affaire, l'investisseur avait fait un placement sur la base d'informations incomplètes de la part du courtier. Un an plus tard, inquiet de la performance médiocre de son placement, il obtient l'heure juste d'un autre courtier de la même maison de courtage qui l'informe qu'il s'agissait en fait d'un placement hautement spéculatif. Il conservera néanmoins les titres. Selon la Cour d'appel, l'investisseur devait alors assumer les conséquences néfastes d'avoir gardé les titres en toute connaissance du risque. Il ne se posait pas de question ni quant à la nature ou cessation d'un mandat de gestion, ni quant aux mesures à prendre. Plutôt, il s'agissait d'un risque assumé en connaissance de cause suite à la conservation d'un placement qui ne respectait pas les directives données à l'origine.

Absent any patent error on the part of the trial judge, the Court of Appeal erred in blaming the appellant for failing to take measures to mitigate the damages. It cannot be concluded from the evidence in the record that the appellant's behaviour, in failing to liquidate or withdraw its portfolio in the spring of 1989, was not what a reasonably prudent and diligent person would have done in the same circumstances.

Accordingly, for the foregoing reasons, I believe that the Court of Appeal erred in holding June 5, 1989, to be the end of the damage assessment period. The trial judge committed no error in holding April 1990 to be the end of the assessment period.

C. *Quantum of Damages*

The appellant is entitled to compensatory damages because of the wrongful conduct of the respondents. The total amount of the damages is made up of the losses incurred by the appellant and the profits of which it was deprived (art. 1073 *C.C.L.C.*; art. 1611 *C.C.Q.*). For the foregoing reasons, those damages must be assessed for the period from April 1988, the date on which the portfolio was transferred from Burns Fry to the respondent company, to April 1990.

The Court of Appeal held that there were grounds for intervening with respect to calculation of the quantum. First, Letarte J.A. was of the opinion that the trial judge erred in adopting the Dorval report in its entirety for calculating the quantum. That calculation apparently covered [TRANSLATION] "the entire life of the portfolio, both with Burns-Fry" (p. 771) and with the respondent Prudential-Bache, although the parties had agreed to exclude the losses sustained during the Burns Fry period from the quantum of damages. With respect, the Court of Appeal erred. The account was transferred from Burns Fry to Prudential-Bache in April 1988. The Dorval report clearly states that it [TRANSLATION] "relates to all activities . . . for the period from May 1988 to April 1990". Thus, the losses during the Burns Fry period were not included in the Dorval study, and consequently were not considered by Lebrun J.

En l'absence d'erreur manifeste du premier juge, la Cour d'appel a erré en reprochant à l'appelante de n'avoir pas pris de mesures pour minimiser les dommages. La preuve au dossier ne permet pas de conclure que le comportement de l'appelante, en ne liquidant pas ou ne retirant pas son portefeuille au printemps 1989, n'était pas celui d'une personne raisonnablement prudente et diligente dans les mêmes circonstances.

Par conséquent, pour les motifs qui précèdent, je crois que la Cour d'appel a erré en fixant au 5 juin 1989 la fin de la période d'évaluation des dommages. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur en fixant à avril 1990 la fin de la période d'évaluation.

C. *Quantum des dommages*

En raison du comportement fautif des intimés, l'appelante a droit à des dommages-intérêts compensatoires. Le montant de ces dommages est constitué des pertes encourues par l'appelante et des gains dont elle a été privée (art. 1073 *C.c.B.C.*; art. 1611 *C.c.Q.*). Pour les motifs qui précèdent, ceux-ci doivent être évalués pour la période d'avril 1988, date du transfert du portefeuille de Burns Fry à la société intimée, à avril 1990.

La Cour d'appel a jugé qu'il y avait des motifs pour intervenir au sujet du calcul du quantum. Premièrement, le juge Letarte est d'avis que le juge de première instance a erré en adoptant intégralement le rapport de l'expert Dorval pour le calcul du quantum. Celui-ci aurait couvert «toute la durée du portefeuille tant chez Burns-Fry» (p. 771) que chez l'intimée Prudential-Bache, alors que les parties avaient convenu d'exclure du montant des dommages les pertes encourues durant la période Burns Fry. Avec égards, la Cour d'appel a erré. Le transfert du compte de Burns Fry à Prudential-Bache a eu lieu en avril 1988. Or, le rapport Dorval indique clairement qu'il «porte sur toutes les activités [. . .] pour la période de mai 1988 à avril 1990». Ainsi, les pertes durant la période Burns Fry n'ont pas fait partie de l'étude de l'expert Dorval et, par conséquent, n'ont pas été considérées par le juge Lebrun.

58

59

60

61

62 The appellant agrees that the trial judge erred when he added the commissions and interest to the quantum of damages assessed by Dorval. Those amounts were included by Dorval in his calculation of damages, so they should not have been added. For that reason, we cannot restore the findings of the trial judge in their entirety.

63 The appellant submitted an analysis of the performance of its portfolio for the relevant period. That analysis shows, *inter alia*, the total principal amount initially transferred to the respondent company, the monthly return and the total accumulated losses, and takes into account the value of withdrawals from the account. It also shows the weighted rates of return and the market value of the portfolio if a passive investment strategy had been followed. That analysis is based on the Dorval report, which was accepted by Lebrun J., and on which he relied in calculating the damages. Based on that analysis, the appellant is seeking damages in the amount of \$924,374, representing the loss it sustained and the profit of which it has been deprived. Absent a counter-analysis or objections to that analysis by the respondents, I accept the amount determined by the appellant.

4. Disposition

64 For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal in this case, restore the judgment of the Superior Court in part, find the respondents jointly and severally liable to pay to the appellant the amount of \$924,374, plus interest at the legal rate from the date of service and the additional indemnity, with costs in all courts, including expert witness fees.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Lavery, de Billy, Québec.

Solicitors for the respondents: Mendelsohn Rosentzveig Shacter, Montréal.

Quant à l'ajout par le juge de première instance des commissions et des intérêts au montant des dommages évalués par l'expert Dorval, l'appelante convient qu'il y a erreur. Ces montants étaient inclus par l'expert Dorval dans son calcul de dommages de sorte qu'il n'y avait pas lieu de les ajouter. Pour cette raison, nous ne pouvons rétablir intégralement les conclusions du juge de première instance.

L'appelante a présenté une analyse du rendement de son portefeuille pour la période pertinente. Celle-ci indique notamment le montant du capital initialement transféré chez la société intimée, le rendement mensuel et le montant des pertes cumulées, et tient compte du montant des retraits du compte. On y retrouve aussi les taux de rendement pondérés et la valeur marchande du portefeuille si celui-ci avait été géré suivant une stratégie passive. Cette analyse est basée sur le rapport de l'expert Dorval que le juge Lebrun a accepté et sur lequel il s'est fié pour le calcul des dommages. Sur la base de cette analyse, l'appelante demande des dommages de l'ordre de 924 374 \$ représentant la perte qu'elle a subie et le gain dont elle a été privée. En l'absence d'une contre-analyse ou d'objections de la part des intimés quant à cette analyse, j'accepte le montant établi par l'appelante.

4. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel rendu en l'instance, de rétablir en partie le jugement prononcé par la Cour supérieure, de condamner les intimés solidairement à payer à l'appelante la somme de 924 374 \$, plus les intérêts au taux légal depuis l'assignation et l'indemnité additionnelle, avec les dépens devant toutes les cours, incluant les frais d'experts.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Lavery, de Billy, Québec.

Procureurs des intimés: Mendelsohn Rosentzveig Shacter, Montréal.

City of Montréal and Communauté urbaine de Montréal *Appellants*

v.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Respondent*

and

Réjeanne Mercier *Mis en cause*

and between

City of Boisbriand and Communauté urbaine de Montréal *Appellants*

v.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Respondent*

and

Palmerino Troilo *Mis en cause*

INDEXED AS: QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. MONTRÉAL (CITY); QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) v. BOISBRIAND (CITY)

Neutral citation: 2000 SCC 27.

File No.: 26583.

1999: November 8; 2000: May 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil rights — Right to equality — Handicap — Employment — Subjective perception of handicap — Physical anomaly not resulting in functional limitation — Meaning of word “handicap” — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 16.

Ville de Montréal et Communauté urbaine de Montréal *Appelantes*

c.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intimée*

et

Réjeanne Mercier *Mise en cause*

et entre

Ville de Boisbriand et Communauté urbaine de Montréal *Appelantes*

c.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse *Intimée*

et

Palmerino Troilo *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. MONTRÉAL (VILLE); QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) c. BOISBRIAND (VILLE)

Référence neutre: 2000 CSC 27.

N° du greffe: 26583.

1999: 8 novembre; 2000: 3 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Bastarache, Binnie et Arbour.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Libertés publiques — Droit à l'égalité — Handicap — Emploi — Perception subjective d'un handicap — Anomalie physique n'occasionnant aucune limitation fonctionnelle — Quelle est la portée du motif «handicap»? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 16.

The City of Montréal refused to hire M as a gardener-horticulturalist, and the CUM refused to hire H as a police officer, because the pre-employment medical exam in both cases revealed an anomaly of the spinal column. The City of Boisbriand dismissed T from his position as a police officer because he suffered from Crohn's disease. The medical evidence in each case indicated that the individuals could perform the normal duties of the position in question and that they had no functional limitations. All three filed complaints with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, alleging that the appellants had discriminated against them on the basis of handicap. After conducting its investigation, the Commission applied to the Tribunal des droits de la personne. In the cases of M and T, Judge Brossard rejected the notion that a handicap could be perceived subjectively. He held that M and T had no remedy under s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* ("*Charter*") because they did not meet the definition of handicap as their anomalies did not result in functional limitations. In H's case, Judge Rivet found that the assessment of a handicap could be objective or purely subjective. She therefore concluded that the CUM's exclusionary policy and its decision not to hire were contrary to ss. 10 and 16 of the *Charter*. The decisions of the Tribunal in the cases of M and T were appealed and the CUM, whose appeal in the H case was pending in the Court of Appeal, was given leave to intervene. The Court of Appeal reversed the decisions of the Tribunal and held that M and T had been victims of discriminatory exclusion. The CUM's intervention was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

The *Charter* does not define the ground "handicap", and the word's ordinary meaning is not clear from the various dictionary definitions. Given its quasi-constitutional nature, the *Charter* must be interpreted in light of both its context and its objectives. The rules of interpretation do not support the argument that the word "handicap" means a physical or mental anomaly that necessarily results in functional limitations. A liberal and purposive interpretation and a contextual approach support a broad definition of the word "handicap", which does not necessitate the presence of functional limitations and which recognizes the subjective component of any discrimination based on this ground.

La ville de Montréal a refusé la candidature de M à un poste de jardinière horticultrice, et la CUM, celle de H à un poste de policier, parce que l'examen médical pré-embauche avait, dans les deux cas, révélé l'existence d'une anomalie à la colonne vertébrale. La ville de Boisbriand a pour sa part congédié T de son poste de policier parce qu'il était atteint de la maladie de Crohn. La preuve médicale a révélé dans chaque cas une capacité à remplir de façon normale les fonctions du poste et une absence de limitations fonctionnelles. Tous trois ont porté plainte devant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse alléguant que les appelantes avaient discriminé sur la base du handicap. Après enquête, la Commission a déposé des demandes introductives d'instance devant le Tribunal des droits de la personne. Dans les affaires M et T, le juge Brossard a écarté la notion de perception subjective de handicap et a décidé que M et T n'avaient pas de recours en vertu de l'art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec («*Charte*») parce qu'ils ne rencontreraient pas la définition de handicap en ce que leurs anomalies ne résultaient pas en limitations fonctionnelles. Dans l'affaire H, Madame le juge Rivet a conclu que l'appréciation du handicap pouvait être objective ou purement subjective. Elle a donc affirmé que la politique d'exclusion de la CUM et le refus d'embauche étaient couverts par les art. 10 et 16 de la *Charte*. Les décisions du Tribunal dans les affaires M et T ont fait l'objet d'un appel et la CUM, dont l'appel dans l'affaire H était pendant devant la Cour d'appel, a été autorisée à intervenir. La Cour d'appel a statué que M et T avaient été victimes d'exclusions discriminatoires et a infirmé les décisions du Tribunal. L'intervention de la CUM a été rejetée.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La *Charte* ne définit pas le motif «handicap» et le sens ordinaire de ce mot ne ressort pas clairement à la lecture des différentes définitions que l'on retrouve dans les dictionnaires. Étant donné le caractère quasi-constitutionnel de la *Charte*, il convient de l'interpréter à la lumière de ses objectifs et de son contexte. Les règles d'interprétation n'appuient pas la prétention que le mot «handicap» doit signifier une anomalie physique ou mentale entraînant nécessairement des limitations fonctionnelles. La méthode d'interprétation large et libérale fondée sur l'objet visé par la loi ainsi que l'approche contextuelle militent en faveur d'une définition large du mot «handicap», qui ne nécessite pas la présence de limitations fonctionnelles et qui reconnaît l'élément subjectif de la discrimination fondée sur ce motif.

The ground “handicap” must not be confined within a narrow definition that leaves no room for flexibility. Instead, courts should adopt a multidimensional approach that considers the socio-political dimension of “handicap”. The emphasis is on human dignity, respect and the right to equality rather than merely on the biomedical condition. A handicap may be real or perceived, and a person may have no limitations in everyday activities other than those created by prejudice and stereotypes. Courts will, therefore, have to consider not only an individual’s biomedical condition, but also the circumstances in which a distinction is made. A “handicap” may exist even without proof of physical limitations or other ailments. The emphasis is on the effects of the distinction, exclusion or preference rather than the precise cause or origin of the handicap.

All distinctions based on “handicap” are not necessarily discriminatory. In the present case, the employers acknowledge the causal connection between the complainants’ conditions and the dismissal or refusal to hire. However, in most cases, the applicants will have the burden of proving (1) the existence of a distinction, exclusion or preference, (2) that the distinction, exclusion or preference is based on a ground enumerated in s. 10 of the *Charter* and (3) that the distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal exercise of human rights and freedoms. Under s. 20 of the *Charter*, the onus is on the employer to demonstrate that the impugned measure is justified because it is based on aptitudes or qualifications required for the job.

Based on this analysis, and given the facts in these cases, there was discrimination against M and T based on handicap for the purposes of s. 10 of the *Charter*. Accordingly, the judgments of the Court of Appeal are affirmed. The cases of M and T are referred to the Tribunal des droits de la personne for a decision as to whether the measures of the cities of Montréal and of Boisbriand can be justified. H’s case is returned to the Court of Appeal, in order that the matter be decided in light of this judgment.

Cases Cited

Referred to: *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Ontario Human Rights Commission and*

Le motif «handicap» ne doit pas être enfermé dans une définition étanche et dépourvue de souplesse. Il y a plutôt lieu d’adopter une approche multidimensionnelle qui tient compte de l’élément socio-politique du motif. L’emphase est mise sur la dignité humaine, le respect et le droit à l’égalité, plutôt que sur la condition biomédicale tout court. Un handicap peut être soit réel ou perçu. Ainsi, une personne peut n’avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes. Les tribunaux devront donc tenir compte non seulement de la condition biomédicale de l’individu, mais aussi des circonstances dans lesquelles une distinction est faite. Un «handicap» n’exige pas obligatoirement la preuve d’une limitation physique ou la présence d’une affection quelconque. L’accent est mis sur les effets de la distinction, exclusion ou préférence plutôt que sur la cause ou l’origine précise du handicap.

Toutes distinctions fondées sur le motif «handicap» ne sont pas nécessairement discriminatoires. En l’espèce, les employeurs admettent le lien causal entre la condition des plaignants et le congédiement ou le refus d’embauche. Toutefois, il incombera généralement à la partie demanderesse de prouver (1) l’existence d’une distinction, exclusion ou préférence (2) que la distinction, exclusion ou préférence est fondée sur un motif énuméré à l’art. 10 de la *Charte* et (3) que la distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou compromettre le droit à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Selon l’article 20 de la *Charte*, il reviendra ensuite à l’employeur de démontrer que la mesure reprochée est fondée sur des aptitudes ou qualités requises par l’emploi et donc justifiée.

Il découle de cette analyse et des faits de l’instance que M et T ont été victimes de discrimination fondée sur le handicap selon l’art. 10 de la *Charte*. Les jugements de la Cour d’appel sont donc confirmés et les dossiers de M et T sont renvoyés au Tribunal des droits de la personne afin qu’il se prononce sur la justification que pourraient apporter les villes de Montréal et de Boisbriand. Le dossier H est retourné à la Cour d’appel pour qu’elle se prononce en tenant compte du présent arrêt.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Commission ontarienne*

O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 S.C.R. 536; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345; *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321; *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Brossard (Town) v. Quebec (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; *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353; *Labelle v. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1311; *De Jong v. Horlacher Holdings Ltd.* (1989), 10 C.H.R.R. D/6283; *Matlock v. Canora Holdings Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1576; *St. Thomas v. Canada (Armed Forces)* (1991), 14 C.H.R.R. D/301; *Davison v. St. Paul Lutheran Home of Melville, Saskatchewan* (1992), 15 C.H.R.R. D/81; *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259; *Bahlsen v. Canada (Minister of Transport)*, [1997] 1 F.C. 800; *Cinq-Mars v. Transports Provost Inc.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4704; *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961; *Commission des droits de la personne du Québec v. Paquet*, [1981] C.P. 78; *Commission des droits de la personne du Québec v. Héroux* (1981), 2 C.H.R.R. D/388; *Commission des droits de la personne du*

des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345; *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321; *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *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; *University of British Columbia c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353; *Labelle c. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1311; *De Jong c. Horlacher Holdings Ltd.* (1989), 10 C.H.R.R. D/6283; *Matlock c. Canora Holdings Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1576; *St. Thomas c. Canada (Forces armées)* (1991), 14 C.H.R.R. D/301; *Davison c. St. Paul Lutheran Home of Melville, Saskatchewan* (1992), 15 C.H.R.R. D/81; *Thwaites c. Canada (Forces armées)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259; *Bahlsen c. Canada (Ministre des Transports)*, [1997] 1 C.F. 800; *Cinq-Mars c. Transports Provost Inc.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4704; *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961; *Commission des droits de la personne du Québec c. Paquet*, [1981] C.P. 78; *Commission des droits de la personne du Qué-*

Québec v. Côte St-Luc (Cité de), [1982] C.S. 795; *Huppe v. Régie de l'assurance-automobile du Québec*, J.E. 84-303; *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765; *Commission des droits de la personne du Québec v. Brasserie O'Keefe Ltée*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-005826-878, September 13, 1990; *Québec (Commission des droits de la personne) v. Montréal (Communauté urbaine)* (1992), 16 C.H.R.R. D/141; *Québec (Commission des droits de la personne) v. Lessard, Beaucage, Lemieux Inc.* (1992), 19 C.H.R.R. D/441; *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 94T-600; *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097; *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms, S.Q. 1982, c. 61, s. 3.
Act to secure the handicapped in the exercise of their rights, S.Q. 1978, c. 7 [now R.S.Q., c. E-20.1], ss. 1(g), 112.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).
Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 3(1) [repl. 1996, c. 14, s. 2].
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 10 [am. 1978, c. 7, s. 112; am. 1980, c. 11 s. 34; am. 1982, c. 61, s. 3], 16, 20 [am. 1982, c. 61, s. 6; am. 1996, c. 10, s. 1], 20.1 [ad. 1996, c. 10, s. 2], 49, 57 [repl. 1995, c. 27, s. 2], 71 [repl. 1989, c. 51, s. 5], 74 [*idem*], 78 [*idem*], 80 [*idem*], 84 [*idem*].
Fair Practices Act, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 3.
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 3(l) [rep. & sub. 1991, c. 12, s. 1].
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-12, s. 1(1)(l).
Human Rights Code, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 2.
Human Rights Code, S.M. 1987-88, c. 45, C.C.S.M., c. H175, s. 9(2)(l).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171.
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3.
Interpretation Act, R.S.Q., c. I-16, s. 40.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948), 71.

bec c. Héroux (1981), 2 C.H.R.R. D/388; *Commission des droits de la personne du Québec c. Côte St-Luc (Cité de)*, [1982] C.S. 795; *Huppe c. Régie de l'assurance-automobile du Québec*, J.E. 84-303; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765; *Commission des droits de la personne du Québec c. Brasserie O'Keefe Ltée*, C.S. Mtl., n° 500-05-005826-878, 13 septembre 1990; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Montréal (Communauté urbaine)* (1992), 16 C.H.R.R. D/141; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Lessard, Beaucage, Lemieux Inc.* (1992), 19 C.H.R.R. D/441; *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 94T-600; *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097; *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, préambule, art. 10 [mod. 1978, ch. 7, art. 112; mod. 1982, ch. 61, art. 3], 16, 20 [mod. 1982, ch. 61, art. 6; mod. 1996, ch. 10, art. 1], 20.1 [aj. 1996, ch. 10, art. 2], 49, 57 [repl. 1995, ch. 27, art. 2], 71 [repl. 1989, ch. 51, art. 5], 74 [*idem*], 78 [*idem*], 80 [*idem*], 84 [*idem*].
Code des droits de la personne, L.M. 1987-88, ch. 45, C.P.L.M., ch. H175, art. 9(2)(l).
Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 2.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948), 71.
Human Rights Act, R.S.N.S. 1989, ch. 214, art. 3(l) [abr. & rempl. 1991, ch. 12, art. 1].
Human Rights Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, art. 1(1)(l).
Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées, L.Q. 1978, ch. 7 [maintenant L.R.Q., ch. E-20.1], art. 1g), 112.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 3(1) [repl. 1996, ch. 14, art. 2].
Loi d'interprétation, L.R.Q., ch. I-16, art. 40.
Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne, L.Q. 1982, ch. 61, art. 3.
Loi prohibant la discrimination, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, art. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3.

Authors Cited

- Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.
- Bickenbach, Jerome E. *Physical Disability and Social Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1993.
- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. "Equality Rights and the Physically Handicapped". In Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1985, 323.
- McKenna, Ian B. "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153.
- Proulx, Daniel. "La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise" (1996), 56 *R. du B.* 317.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la justice. Étude des projets de loi nos 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., n^o 230, 16 décembre 1982, pp. B-11626, B-11627.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.
- United Nations. *World Programme of Action concerning Disabled Persons*, G.A. Res. 37/52, 90th Plenary Session, December 3, 1982.
- World Health Organization. *International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps: A Manual of Classification Relating to the Consequences of Disease*. Geneva: The Organization, 1980.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal, [1998] R.J.Q. 688, 33 C.H.R.R. D/149, 36 C.C.E.L. (2d) 196, [1998] Q.J. No. 369 (QL), reversing the judgments of the Tribunal des droits de la personne (1995), 25 C.H.R.R. D/407 and D/412, [1995] J.T.D.P.Q. No. 4 and No. 5 (QL). Appeal dismissed.

Diane Lafond, for the appellant the City of Montréal.

Doctrine citée

- Abella, Rosalie S. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Bickenbach, Jerome E. *Physical Disability and Social Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1993.
- Brun, Henri, et Guy Tremblay. *Droit constitutionnel*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Thémis, 1999.
- Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. «Equality Rights and the Physically Handicapped». In Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1985, 323.
- McKenna, Ian B. «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?» (1997-98), 29 *R.D. Ottawa* 153.
- Nations Unies. *Programme d'action mondiale concernant les personnes handicapées*, Rés. A.G. 37/52, 90^e séance plénière, 3 décembre 1982.
- Organisation mondiale de la santé. *Classification internationale des handicaps: déficiences, incapacités et désavantages: Un manuel de classification des conséquences des maladies*. Paris: INSERM, 1988.
- Proulx, Daniel. «La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise» (1996), 56 *R. du B.* 317.
- Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la justice. Étude des projets de loi nos 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 — Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne. *Journal des débats: Commissions parlementaires*, 3^e sess., 32^e lég., n^o 230, 16 décembre 1982, pp. B-11626, B-11627.
- Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec, [1998] R.J.Q. 688, 33 C.H.R.R. D/149, 36 C.C.E.L. (2d) 196, [1998] A.Q. n^o 369 (QL), qui ont infirmé les jugements du Tribunal des droits de la personne (1995), 25 C.H.R.R. D/407 et D/412, [1995] J.T.D.P.Q. n^o 4 et n^o 5 (QL). Pourvoi rejeté.

Diane Lafond, pour l'appelante la ville de Montréal.

Guy Lemay, Odette Jobin-Laberge and Yann Bernard, for the appellant the City of Boisbriand.

Pierre-Yves Boisvert, for the appellant the Communauté urbaine de Montréal.

Béatrice Vizkelety, for the respondent.

Jean-René Maranda, for the *mis en cause* Réjeanne Mercier.

English version of the judgment of the Court delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — The appeal before us concerns three cases, each of which involve the interpretation of s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (“*Charter*”). The employee and the applicants for employment affected by this appeal (“employees”) have physical anomalies that do not result in functional limitations for the purposes of the employment in question. They were nevertheless denied employment on the basis of these physical anomalies. The issue in this case is whether these persons have a “handicap” within the meaning of s. 10 of the *Charter*. Depending on how this term is interpreted, the employees in question will either enjoy or be denied a remedy under the *Charter*.

I. Facts

The employees Mercier, Troilo and Hamon all filed complaints with the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (“Commission”) on the basis that the appellants had infringed their right to equality in employment.

The facts, which were uncontested, were set out by Mr. Justice Jacques Philippon, who delivered the unanimous judgment of the Quebec Court of Appeal. I quote:

[TRANSLATION]

The Mercier Case

This case began in May 1992, when the City refused to hire the complainant as a gardener-horticulturist, even

Guy Lemay, Odette Jobin-Laberge et Yann Bernard, pour l’appelante la ville de Boisbriand.

Pierre-Yves Boisvert, pour l’appelante la Communauté urbaine de Montréal.

Béatrice Vizkelety, pour l’intimée.

Jean-René Maranda, pour la mise en cause Réjeanne Mercier.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Ce pourvoi dont nous sommes saisis regroupe trois instances qui concernent toutes l’interprétation de l’art. 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12 («*Charte*»). L’employé et les candidats à l’emploi affectés par ce pourvoi («employés») souffrent d’anomalies physiques sans qu’il n’en résulte de limitations fonctionnelles pour les fins des emplois qui leur ont été refusés sur la base de ces anomalies physiques. La question qui se pose ici est de savoir si ces personnes sont couvertes par l’expression «handicap» au sens de l’art. 10 de la *Charte*. Dépendant de l’interprétation retenue, les employés en question pourront ou non bénéficier d’un recours en vertu de la *Charte*.

I. Les faits

Les employés Mercier, Troilo et Hamon ont tous trois déposé une plainte devant la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse («Commission») au motif que les appelantes avaient porté atteinte à leur droit à l’égalité en matière d’emploi.

Les faits, nullement contestés, ont été relatés par le juge Jacques Philippon qui prononce le jugement unanime de la Cour d’appel du Québec, et je cite:

Le cas Mercier

Cette affaire débute en mai 1992, au moment où la Ville refuse la candidature de la plaignante à un poste de

1

2

3

though she had successfully completed her training in this field.

Following a pre-employment medical exam in April of that year, the complainant was advised that the City believed she was unable to assume these duties because of an anomaly in her spinal column, a minor thoracolumbar scoliosis. The City was concerned about the possibility of her developing lower back pain, even though the complainant had never suffered any lower back pain or had a serious injury. In fact, she did not feel any discomfort or have any symptoms, nor did she have any disability or limitations in performing her normal activities.

However, two other medical assessments which were conducted on behalf of the complainant and the City, respectively, found that she was perfectly able to perform the duties related to the position she was seeking. The City indicated that the recommendation to hire the complainant was made in 1994, after the first medical expert consulted changed the initial recommendation regarding the complainant's ability to perform the duties of a gardener-horticulturist.

In July 1994, the doctors most involved in the case agreed that "this young patient does not have a greater potential risk of low back pain in the short-, medium- or even long-term" and that "we expect this patient will be able to perform her work at normal levels".

In principle, the City then agreed to hire the complainant as a gardener, subject to an agreement on financial matters. No such agreement was reached. The parties intended to submit these matters to Judge Brossard, who instead dismissed the application on the grounds that the appellant had not established that the complainant's exclusion was based on a handicap within the meaning of s. 10.

The Troilo case

In February 1990, after successfully completing the pre-employment medical exam, Palmerino Troilo (hereinafter the "complainant") was hired as a police officer by the municipality of Boisbriand (hereinafter "Boisbriand"), subject to a probationary period of 12 months. He performed his duties very well indeed, with excellent results until May 22, when he was absent for a period of time because of an acute attack of ileitis followed by a fistula (perforation of the intestine), which was treated surgically.

It was then discovered that the complainant has a chronic inflammation of the intestine, known as

jardinière horticultrice alors que celle-ci complète avec succès une formation dans ce domaine.

À la suite d'un examen médical préembauche survenu en avril de la même année, la plaignante apprend en effet que la Ville la juge inapte à occuper ces fonctions parce qu'elle est atteinte d'une anomalie à la colonne vertébrale, soit une légère scoliose dorso-lombaire. La Ville appréhende alors le développement d'une lombalgie, même si la plaignante n'en a jamais souffert ni subi de traumatisme sérieux. De fait, elle ne ressent aucun malaise ou symptôme ni quelque incapacité ou limitation dans l'exercice de ses activités courantes.

Deux autres expertises médicales respectivement effectuées pour le compte de la plaignante et de la Ville concluent toutefois à sa capacité d'exécuter normalement les tâches reliées au poste qu'elle sollicite. La Ville précise que la recommandation d'embaucher la plaignante survient, en 1994, après que le médecin-expert d'abord consulté eut modifié l'opinion initialement émise relativement à la capacité de la plaignante d'exercer les fonctions de jardinière horticultrice.

En juillet 1994, les principaux médecins se mettent d'accord: «cette jeune patiente ne présente aucun risque potentiel plus grand de lombalgie à court, à moyen ni même à long terme» et que «on peut s'attendre chez cette patiente à des prestations de travail normales».

La Ville a alors consenti, en principe, à l'intégration de la plaignante au poste de jardinière, sous réserve d'une entente sur les aspects financiers. Cette entente n'a pas eu lieu, et ce sont ces aspects que les parties entendaient soumettre au juge Brossard, qui, plutôt, a rejeté la demande au motif que l'appelante n'avait pas démontré que l'exclusion de la plaignante était fondée sur un handicap au sens de l'article 10.

Le cas Troilo

En février 1990, après avoir réussi avec succès l'examen médical de préemploi, Palmerino Troilo (ci-après nommé le plaignant) est embauché par la municipalité de Boisbriand (ci-après nommée Boisbriand) à titre de policier soumis à une période probatoire de 12 mois. Il travaille sans difficulté et donne un excellent rendement jusqu'au 22 mai suivant, alors qu'il doit s'absenter en raison d'un accès aigu d'iléite suivi d'une fistule (perforation intestinale) traitée chirurgicalement.

On découvre alors que le plaignant est atteint d'une maladie chronique inflammatoire de l'intestin, connue

“Crohn’s disease”. For unknown reasons, this disease affects certain parts of the digestive tract; it is a chronic disease which is aggravated by stress, among other factors. The severity varies for each individual; for some it may remain benign while others may require several operations.

All of the medical reports written after the complainant’s recovery attest that he is in good health and that, as he is asymptomatic, the complainant is able to perform the short and medium term duties of a police officer. Boisbriand nevertheless dismissed him in August 1990. It preferred, instead, to minimize potential costs by filling its complement of permanent employees with police officers who present the lowest risk of absenteeism.

The Commission is therefore appealing on the ground that Boisbriand discriminated against the complainant on the basis of handicap. The complainant has been working as a police officer for the City de Boucherville since January 1991.

The Hamon Case

There are definite similarities between the facts and the main issue raised in this case and in the appeals before the Court. The complainant, Jean-Marc Hamon, was not hired as a police officer by the Communauté urbaine de Montréal on the ground there are anomalies to his spinal column (bilateral spondylolosis and spondylolisthesis L5/S1). Hamon’s condition is asymptomatic and the employer admits that the complainant does not have any resulting discomfort, disability or limitation. Although the CUM does not consider this condition to be a handicap within the meaning of the Quebec Charter, it justifies its general policy of excluding such people on the grounds that, in performing their duties as police officers, there is a risk that they will develop incapacitating and recurrent lower back pain.

II. Statutory Provisions

The following provisions are relevant to this appeal:

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12

10. Every person has a right to full and equal recognition and exercise of his human rights and freedoms, without distinction, exclusion or preference based on

sous le nom de «maladie de Crohn». De cause inconnue, celle-ci affecte certaines portions du tube digestif; elle possède par ailleurs un caractère récidivant alimenté, entre autres facteurs, par le stress. Sa gravité varie selon les individus, pouvant demeurer bénigne chez certains, alors que pour d’autres elle peut nécessiter plusieurs opérations.

De fait, tous les rapports médicaux effectués après la convalescence du plaignant attestent de son état satisfaisant et de son aptitude à remplir de façon normale ses fonctions de policier à court et moyen termes puisqu’il est asymptotique. Boisbriand le remercie néanmoins de ses services en août 1990, préférant conserver à titre d’employés réguliers les policiers présentant le moins de risque possible d’absentéisme et de coûts à défrayer éventuellement.

La Commission se pourvoit donc à l’encontre de Boisbriand au motif que celle-ci aurait exercé de la discrimination fondée sur le handicap à l’endroit du plaignant, qui, depuis janvier 1991, travaille comme policier pour la Ville de Boucherville.

Le cas Hamon

Les faits et principale question soulevée dans cette affaire présentent une parenté certaine avec ceux des pourvois dont la Cour est saisie. Le plaignant, Jean-Marc Hamon, a vu sa candidature à un poste de policier rejetée par la Communauté urbaine de Montréal au motif qu’il est porteur d’anomalies à la colonne vertébrale (spondylolyse bilatérale et spondylolisthésis L5/S1). La condition de Hamon est par ailleurs asymptotique, l’employeur reconnaissant que le plaignant n’en subit aucun malaise ni incapacité où quelque limitation. Bien qu’elle refuse d’y voir un handicap au sens de la charte québécoise, la CUM justifie sa politique globale d’exclusion à l’endroit de ces personnes au motif que, dans l’exercice du métier de policier, elles risquent de développer des lombalgies incapacitantes et récidivantes.

II. Les dispositions législatives

Les dispositions suivantes sont pertinentes pour les fins de ce pourvoi:

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12

10. Toute personne a droit à la reconnaissance et à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence

race, colour, sex, pregnancy, sexual orientation, civil status, age except as provided by law, religion, political convictions, language, ethnic or national origin, social condition, a handicap or the use of any means to palliate a handicap.

Discrimination exists where such a distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing such right.

16. No one may practise discrimination in respect of the hiring, apprenticeship, duration of the probationary period, vocational training, promotion, transfer, displacement, laying-off, suspension, dismissal or conditions of employment of a person or in the establishment of categories or classes of employment.

20. A distinction, exclusion or preference based on the aptitudes or qualifications required for an employment, or justified by the charitable, philanthropic, religious, political or educational nature of a non-profit institution or of an institution devoted exclusively to the well-being of an ethnic group, is deemed non-discriminatory.

20.1 In an insurance or pension contract, a social benefits plan, a retirement, pension or insurance plan, or a public pension or public insurance plan, a distinction, exclusion or preference based on age, sex or civil status is deemed non-discriminatory where the use thereof is warranted and the basis therefor is a risk determination factor based on actuarial data.

In such contracts or plans, the use of health as a risk determination factor does not constitute discrimination within the meaning of section 10.

49. Any unlawful interference with any right or freedom recognized by this Charter entitles the victim to obtain the cessation of such interference and compensation for the moral or material prejudice resulting therefrom.

. . .

57. A body, hereinafter called "the commission", is established under the name of "Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse".

The mission of the commission is to ensure that the principles set forth in this Chapter are upheld, that the interests of children are protected and that their rights recognized by the Youth Protection Act (chapter P-34.1) are respected; for such purposes, the commission shall

fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'âge sauf dans la mesure prévue par la loi, la religion, les convictions politiques, la langue, l'origine ethnique ou nationale, la condition sociale, le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap.

Il y a discrimination lorsqu'une telle distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou de compromettre ce droit.

16. Nul ne peut exercer de discrimination dans l'embauche, l'apprentissage, la durée de la période de probation, la formation professionnelle, la promotion, la mutation, le déplacement, la mise à pied, la suspension, le renvoi ou les conditions de travail d'une personne ainsi que dans l'établissement de catégories ou de classifications d'emploi.

20. Une distinction, exclusion ou préférence fondée sur les aptitudes ou qualités requises par un emploi, ou justifiée par le caractère charitable, philanthropique, religieux, politique ou éducatif d'une institution sans but lucratif ou qui est vouée exclusivement au bien-être d'un groupe ethnique est réputée non discriminatoire.

20.1 Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10.

49. Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte.

. . .

57. Est constituée la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

La Commission a pour mission de veiller au respect des principes énoncés dans la présente Charte ainsi qu'à la protection de l'intérêt de l'enfant et au respect des droits qui lui sont reconnus par la Loi sur la protection de la jeunesse (chapitre P-34.1); à ces fins, elle exerce

exercise the functions and powers conferred on it by this Charter and the Youth Protection Act.

71. The commission shall promote and uphold, by every appropriate measure, the principles enunciated in this Charter.

. . .

74. Any person who believes he has been the victim of a violation of rights that is within the sphere of investigation of the commission may file a complaint with the commission. If several persons believe they have suffered a violation of their rights in similar circumstances, they may form a group to file a complaint.

. . .

78. The commission shall seek, in respect of every situation reported in the complaint or revealed in the course of the investigation, any evidence allowing it to decide whether it is expedient to foster the negotiation of a settlement between the parties, to propose the submission of the dispute to arbitration or to refer any unsettled issue to a tribunal.

. . .

80. Where the parties will not agree to negotiation of a settlement or to arbitration of the dispute or where the proposal of the commission has not been implemented to its satisfaction within the allotted time, the commission may apply to a tribunal to obtain, where consistent with the public interest, any appropriate measure against the person at fault or to demand, in favour of the victim, any measure of redress it considers appropriate at that time.

84. Where, following the filing of a complaint, the commission exercises its discretionary power not to submit an application to a tribunal to pursue, for a person's benefit, a remedy provided for in sections 80 to 82, it shall notify the complainant of its decision, stating the reasons on which it is based.

Within 90 days after he receives such notification, the complainant may, at his own expense, submit an application to the Human Rights Tribunal to pursue such remedy and, in that case, he is, for the pursuit of the remedy, substituted by operation of law for the commission with the same effects as if the remedy had been pursued by the commission.

les fonctions et les pouvoirs que lui attribuent cette Charte et cette loi.

71. La Commission assure, par toutes mesures appropriées, la promotion et le respect des principes contenus dans la présente Charte.

. . .

74. Peut porter plainte à la Commission toute personne qui se croit victime d'une violation des droits relevant de la compétence d'enquête de la Commission. Peuvent se regrouper pour porter plainte, plusieurs personnes qui se croient victimes d'une telle violation dans des circonstances analogues.

. . .

78. La Commission recherche, pour toutes situations dénoncées dans la plainte ou dévoilées en cours d'enquête, tout élément de preuve qui lui permettrait de déterminer s'il y a lieu de favoriser la négociation d'un règlement entre les parties, de proposer l'arbitrage du différend ou de soumettre à un tribunal le litige qui subsiste.

. . .

80. Lorsque les parties refusent la négociation d'un règlement ou l'arbitrage du différend, ou lorsque la proposition de la Commission n'a pas été, à sa satisfaction, mise en œuvre dans le délai imparti, la Commission peut s'adresser à un tribunal en vue d'obtenir, compte tenu de l'intérêt public, toute mesure appropriée contre la personne en défaut ou pour réclamer, en faveur de la victime, toute mesure de redressement qu'elle juge alors adéquate.

84. Lorsque, à la suite du dépôt d'une plainte, la Commission exerce sa discrétion de ne pas saisir un tribunal, au bénéfice d'une personne, de l'un des recours prévus aux articles 80 à 82, elle le notifie au plaignant en lui en donnant les motifs.

Dans un délai de 90 jours de la réception de cette notification, le plaignant peut, à ses frais, saisir le Tribunal des droits de la personne de ce recours, pour l'exercice duquel il est substitué de plein droit à la Commission avec les mêmes effets que si celle-ci l'avait exercé.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights, S.Q. 1978, c. 7 (now R.S.Q., c. E-20.1)

1. In this act, unless otherwise indicated by the context,

(g) "handicapped person", or "the handicapped" in the plural, means a person limited in the performance of normal activities who is suffering, significantly and permanently, from a physical or mental deficiency, or who regularly uses a prosthesis or an orthopedic device or any other means of palliating his handicap.

III. Previous Proceedings, Decisions and Judgments

5 The Commission was constituted by s. 57 of the *Charter*. The function of the Commission is *inter alia* to ensure that the principles set out in the *Charter* are promoted and respected. The Commission may do so either of its own initiative or in response to a complaint: *Charter*, s. 71. In dealing with a complaint, the Commission decides whether to promote negotiation of a settlement between the parties, to propose arbitration of the dispute, or to refer unsettled issues to a tribunal: *Charter*, s. 78. If the dispute is referred to the Human Rights Tribunal, the Commission, or the complainant in the case contemplated by s. 84, brings the matter before the Tribunal.

6 The Commission received Ms. Mercier's complaint on September 18, 1992. After conducting its investigation, the Commission referred Ms. Mercier's complaint to the Human Rights Tribunal, applying to that Tribunal in May 1994.

Charte canadienne des droits et libertés

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.

Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées, L.Q. 1978, ch. 7 (maintenant L.R.Q., ch. E-20.1)

1. Dans la présente loi, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par:

g) «personne handicapée» ou «handicapé»: toute personne limitée dans l'accomplissement d'activités normales et qui, de façon significative et persistante, est atteinte d'une déficience physique ou mentale ou qui utilise régulièrement une orthèse, une prothèse ou tout autre moyen pour pallier son handicap.

III. Les procédures, décisions et jugements antérieurs

La Commission est un organisme constitué en vertu de l'art. 57 de la *Charte*. Entre autres, la Commission a le devoir d'assurer la promotion et le respect des principes contenus dans la *Charte*, soit de sa propre initiative, soit par voie d'une plainte qui lui est adressée: la *Charte*, art. 71. Pour toutes situations dénoncées dans une plainte, la Commission détermine s'il y a lieu de favoriser la négociation d'un règlement entre les parties, de proposer l'arbitrage du différend ou de soumettre à un tribunal le litige qui subsiste: la *Charte*, art. 78. S'il y a lieu de soumettre le différend au Tribunal des droits de la personne, la Commission, ou le plaignant dans le cas prévu à l'art. 84, porte l'instance devant le tribunal.

La Commission a reçu la plainte de M^{me} Mercier le 18 septembre 1992. Après avoir fait enquête, la Commission a accueilli la plainte et a déposé une demande introductive d'instance devant le Tribunal des droits de la personne en mai 1994.

The same procedures were followed with respect to Mr. Troilo's complaint. The Commission applied to the Human Rights Tribunal on July 7, 1994, in response to Mr. Troilo's complaint, which had been filed with the Commission on August 12, 1990.

Regarding the third case, Mr. Hamon filed a complaint with the Commission on October 1, 1990. After conducting its investigation, the Commission applied to the Human Rights Tribunal on August 26, 1994. For our purposes, the *Hamon* case is relevant because the defendant in *Hamon*, the Communauté urbaine de Montréal ("CUM"), intervened before the Quebec Court of Appeal in *Mercier* and *Troilo*, and appealed the Quebec Court of Appeal's decision dismissing its intervention before this Court.

(a) *Human Rights Tribunal*

Québec (Commission des droits de la personne) et Troilo v. Boisbriand (Ville) (1995), 25 C.H.R.R. D/412 ("Troilo")

Québec (Commission des droits de la personne) et Mercier v. Montréal (Ville) (1995), 25 C.H.R.R. D/407 ("Mercier")

Québec (Commission des droits de la personne) et Hamon v. Montréal (Communauté urbaine) (1996), 26 C.H.R.R. D/466 ("Hamon")

Judge Brossard of the Human Rights Tribunal presided over *Mercier* and *Troilo* and Madame Judge Rivet, the President of the Tribunal, presided over *Hamon*.

(i) The Reasons of Judge Brossard

The reasons in *Mercier* and *Troilo* are practically identical. In *Mercier*, Judge Brossard accepted the medical evidence that the anomaly did not lead to any functional limitation in the context of the position sought. Although the judge accepted that the scoliosis was the basis for the refusal to hire Ms. Mercier, he stated that the employer was entitled to refuse Ms. Mercier's application and choose a candidate who was in better health.

Suivant la même procédure, la Commission a déposé une demande introductive d'instance devant le Tribunal des droits de la personne le 7 juillet 1994, suite à une plainte adressée à la Commission par M. Troilo en date du 12 août 1990.

Pour ce qui est de l'affaire *Hamon*, ce dernier a porté plainte à la Commission le 1^{er} octobre 1990. Après avoir fait enquête, la Commission a déposé une demande introductive d'instance devant le Tribunal des droits de la personne le 26 août 1994. Pour nos fins, la cause *Hamon* est pertinente puisque la Communauté urbaine de Montréal («CUM»), défenderesse dans l'affaire *Hamon*, est intervenue devant la Cour d'appel du Québec dans les affaires *Mercier* et *Troilo*, de même qu'elle s'est portée appelante devant notre Cour du rejet de son intervention par la Cour d'appel du Québec.

a) *Tribunal des droits de la personne*

Québec (Commission des droits de la personne) et Troilo c. Boisbriand (Ville) (1995), 25 C.H.R.R. D/412 (l'affaire «Troilo»)

Québec (Commission des droits de la personne) et Mercier c. Montréal (Ville) (1995), 25 C.H.R.R. D/407 (l'affaire «Mercier»)

Québec (Commission des droits de la personne) et Hamon c. Montréal (Communauté urbaine) (1996), 26 C.H.R.R. D/466 (l'affaire «Hamon»)

Devant le Tribunal des droits de la personne, le juge Brossard fut saisi des affaires *Mercier* et *Troilo* et Madame le juge Rivet, présidente de ce même tribunal, fut saisie de l'affaire *Hamon*.

(i) Les motifs du juge Brossard

Les motifs dans les affaires *Mercier* et *Troilo* sont presque identiques. Dans l'affaire *Mercier*, le juge Brossard retient la preuve médicale à l'effet que l'anomalie n'engendre aucune limitation fonctionnelle dans l'emploi sollicité. Même si le juge reconnaît que la scoliose est le motif du refus d'embauche, il est d'avis que l'employeur a le droit de refuser d'embaucher M^{me} Mercier et de choisir un candidat en meilleure santé.

7

8

9

10

11 In *Troilo*, the analysis of the complainant's physical condition was slightly more involved because he had been absent from work due to a fistula, caused by Crohn's disease, and was treated surgically. The employer in fact terminated Mr. Troilo's employment on the basis that he had a recurring disease. Once again, even though Judge Brossard accepted the medical evidence that Mr. Troilo's condition created no specific limitations or difficulties in the performance of his work, he dismissed the Commission's application.

Dans l'affaire *Troilo*, l'analyse de la condition physique a été un peu plus poussée en raison d'une absence au travail due à une fistule traitée en chirurgie, attribuable à la maladie de Crohn. L'employeur a d'ailleurs mis fin à l'emploi de M. Troilo au motif qu'il était atteint d'une maladie récidivante. Encore ici, même si le juge Brossard retient la preuve médicale selon laquelle on ne prévoit aucune limitation ou difficulté particulière dans l'exercice de son travail, il rejette la demande de la Commission.

12 In both cases, Judge Brossard rejected the notion that a handicap could be subjectively perceived. Even though a subjective perception is specifically included in the legislation of other provinces such as Ontario and Nova Scotia, he found this concept to be foreign to s. 10 of the *Charter*.

Dans ces deux affaires, le juge Brossard écarte la notion de perception subjective de handicap qu'il juge étrangère au texte de l'art. 10 de la *Charte*, alors qu'elle est spécifiquement incluse dans d'autres législations comme en Ontario et en Nouvelle-Écosse:

[TRANSLATION] The Quebec legislature has neither used the concept of disability, nor defined handicap such that a handicap need only be perceived, even absent any functional limitation. Accordingly, this word should be given its usual meaning, that is its meaning in ordinary speech. At the same time courts must favour a purposive interpretation of the *Charter* that recognizes the integration of people with disabilities into society as one of the *Charter's* many goals.

Le législateur québécois n'a ni utilisé la notion d'invalidité, ni défini le handicap comme en étant un qu'il suffit de percevoir comme tel en l'absence de toute limitation fonctionnelle de sorte qu'il faut accorder à ce terme le sens dans lequel il est utilisé habituellement, c.-à-d. l'usage courant, tout en privilégiant une interprétation téléologique de la *Charte* dont un objectif est l'intégration des personnes handicapées dans la vie en société.

(*Troilo*, at p. D/416, and *Mercier*, at p. D/410)

(*Troilo*, à la p. D/416, et *Mercier*, à la p. D/410)

13 Although Judge Brossard recognized that the complainants in both of these cases were denied employment because of a subjective perception of their handicaps, he found that without functional limitations, the complainants had no remedy under s. 10 of the *Charter*. Finally, Judge Brossard pointed out that a person's state of health cannot be a "handicap" because, in his view, this interpretation would trivialize the *Charter*:

Ainsi, bien que le juge Brossard reconnaisse que les plaignants dans les deux instances ont été privés d'emplois en raison d'une perception subjective de leur handicap, il conclut qu'en l'absence de limitation fonctionnelle, les plaignants n'ont pas de recours en vertu de l'art. 10 de la *Charte*. Finalement, le juge Brossard souligne qu'une anomalie ou l'état de santé ne sont pas nécessairement compris dans le motif de «handicap» car, selon lui, une telle interprétation banaliserait la *Charte*:

[TRANSLATION] . . . to extend the concept of "handicap" to include an anomaly [or an illness] that does not involve any limitation would be to trivialize s. 10 of the *Charter*, which was enacted to protect those people who are limited in the performance of everyday activities.

. . . l'extension de la notion de «handicap» de manière à y inclure une anomalie [ou une maladie] qui n'implique aucune limitation revient à banaliser l'art. 10 de la *Charte* qui a été édicté de manière à assurer la protection des personnes souffrant de limitations dans l'accomplissement de fonctions de la vie courante.

(*Troilo*, at p. D/416, and *Mercier*, at p. D/410)

(*Troilo*, à la p. D/416, et *Mercier*, à la p. D/410)

Judge Brossard concluded that while Ms. Mercier and Mr. Troilo have physical anomalies, they do not have handicaps for the purposes of s. 10 of the *Charter* because they do not suffer from a disadvantage or disability that results in a functional limitation.

(ii) The Reasons of Judge Rivet

In *Hamon*, Judge Rivet found that Mr. Hamon was in excellent health, and that the anomaly in his case did not result in any functional limitations. Relying mainly on the 1982 amendment to s. 10 of the *Charter* and on the different objectives of the *Charter* and *An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights*, Judge Rivet concluded that the employer's exclusionary policy and its decision not to hire were covered by ss. 10 and 16 of the *Charter* (at p. D/474):

[TRANSLATION] In the context of the *Charter*, a broad interpretation of the term handicap is justified by the fact that the objectives of this human rights instrument are broader than the objectives of *An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights*.

In her view, limitations attributed in error, which are included in the concept of handicap, are really associated not with the persons to whom they are attributed, but rather with the exercise of a right protected by the *Charter*. To conclude otherwise, according to Judge Rivet, would undermine the goal of prohibiting discrimination. She therefore held that under s. 10 of the *Charter*, the identification or assessment of a handicap could be objective or purely subjective. She stated (at p. D/474):

[TRANSLATION] A more restrictive interpretation would deprive persons with an anomaly of the protection of the *Charter* since the exclusion is due to another person's perception of their ability to exercise a right, and is precisely based on the anomaly.

For these reasons, Judge Rivet held that the exclusion of Mr. Hamon was based on handicap, contrary to s. 10 of the *Charter*, and that the CUM's refusal to consider his application for the

Le juge Brossard conclut que M^{me} Mercier et M. Troilo, bien que porteurs d'anomalies physiques, ne sont pas atteints d'un handicap au sens de l'art. 10 de la *Charte* parce qu'ils ne souffrent pas d'un désavantage ou d'une déficience de nature à produire une limitation fonctionnelle.

(ii) Les motifs du juge Rivet

En ce qui concerne l'affaire *Hamon*, Madame le juge Rivet retient la preuve à l'effet que M. Hamon jouit d'une excellente santé et que l'anomalie dont il est atteint n'engendre aucune limitation fonctionnelle. S'appuyant surtout sur la modification apportée à l'art. 10 de la *Charte* en 1982 et sur l'objet différent qui sous-tend respectivement la *Charte* et la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, le juge Rivet conclut que la politique d'exclusion de l'employeur et le refus d'embauche sont couverts par les art. 10 et 16 de la *Charte* (à la p. D/474):

Dans le contexte de la *Charte*, une interprétation extensive de la notion de handicap se justifie par le fait que cet instrument de protection des droits et libertés vise des objectifs plus larges que ceux que tente d'atteindre la *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*.

Selon elle, les limitations erronément imputées, incluses dans la notion de handicap, ne se rattachent pas réellement aux personnes à qui elles sont attribuées, mais plutôt à l'exercice d'un droit protégé par la *Charte*. Conclure autrement, selon Madame le juge Rivet, irait à l'encontre de l'objectif visé par l'interdiction de la discrimination. Elle estime alors qu'en vertu de l'art. 10 de la *Charte*, l'appréciation du handicap peut être objective ou purement subjective. Elle affirme (à la p. D/474):

Une interprétation plus restrictive priverait les personnes atteintes d'une anomalie de la protection de la *Charte* alors que l'exclusion dont elles feraient l'objet, en raison de perception d'un tiers à l'égard de leur capacité d'exercer un droit, vise directement cette anomalie.

Pour ces motifs, Madame le juge Rivet conclut que l'exclusion de M. Hamon est fondée sur le handicap en violation de l'art. 10 de la *Charte* et que le refus de la CUM de considérer sa candida-

14

15

16

17

position constituted discrimination that was not justified under s. 20 of the *Charter*.

(b) *Quebec Court of Appeal*, [1998] R.J.Q. 688

ture est une discrimination qui n'est pas justifiée en vertu de l'art. 20 de la *Charte*.

b) *Cour d'appel du Québec*, [1998] R.J.Q. 688

18 *Mercier* and *Troilo* were appealed to the Quebec Court of Appeal. The CUM also appealed Judge Rivet's decision in *Hamon*, and was granted leave to intervene in *Mercier* and *Troilo*, which were already before the Court of Appeal. The CUM, whose intervention was dismissed by the Court of Appeal, appealed that decision before this Court.

Les affaires *Mercier* et *Troilo* ont fait l'objet d'un appel à la Cour d'appel du Québec. Quoique la CUM ait porté la décision du juge Rivet en appel dans l'affaire *Hamon*, celle-ci a été autorisée à intervenir dans les appels *Mercier* et *Troilo*, dont la Cour d'appel était déjà saisie. Suite au rejet de son intervention par la Cour d'appel, la CUM est appelante devant notre Cour.

19 Philippon J. (*ad hoc*) wrote the Quebec Court of Appeal's reasons in this case. In a very extensive judgment, Philippon J. provided a detailed analysis of the notion of handicap. First, he reviewed the applicable principles of interpretation. Relying on the liberal and purposive method of interpretation, he interpreted the term "handicap" broadly. In his view, interpretations of the *Charter* must always be consistent with constitutional standards, including those set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"). Thus, it is helpful to refer to similar provisions in provincial human rights codes, despite differences in terminology.

Le jugement de la Cour d'appel dans ces pourvois est rendu par le juge Philippon (*ad hoc*). Dans un jugement très élaboré, le juge Philippon fait une analyse détaillée de la notion de handicap. Il rappelle tout d'abord les principes d'interprétation applicables et, s'appuyant sur la méthode d'interprétation large et libérale fondée sur l'objet de la législation, il définit le motif «handicap» de façon libérale. Selon lui, toute interprétation de la *Charte* doit se conformer aux normes constitutionnelles, dont celles énoncées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* («*Charte canadienne*»). Il y a lieu, par ailleurs, de recourir à cette fin aux dispositions similaires des codes provinciaux en matière de droits de la personne, et ce malgré les différences de terminologie.

20 Philippon J. then examined the legislative history of the *Charter* and of handicap as a prohibited ground of discrimination. He noted that before the *Charter* was amended in 1982, although subjective perceptions were relevant considerations regarding the other grounds of discrimination set out in s. 10, they could not be considered in the context of a handicap. Between 1978 and 1982, the *Charter* protected every person against discrimination based on the "the fact that he is a handicapped person or that he uses any means to palliate his handicap". In 1982, the legislature replaced this phrase with "a handicap or the use of any means to palliate a handicap". Philippon J. observed that since this amendment, the Quebec courts have consistently recognized that both objective reality and

Le juge Philippon s'attarde ensuite à l'historique législatif de la *Charte* et du handicap comme motif de discrimination interdit. Il note qu'avant la modification de la *Charte* en 1982, la prise en compte de perceptions subjectives était écartée dans le cas du handicap alors qu'elle avait été accueillie en ce qui a trait aux autres critères de discrimination énumérés à l'art. 10. Entre 1978 et 1982, la *Charte* offrait une protection à toute personne contre la discrimination fondée sur «le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap». En 1982, le législateur a remplacé ces termes par «le handicap ou l'utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap». Depuis cette modification, fait remarquer le juge Philippon, les tribunaux québécois ont, de façon presque constante, reconnu que la réalité objective et la perception subjective sont,

subjective perception are integral parts of the concept of handicap.

Philippon J. then considered the definition of handicap. He referred to case law and literature, but declined to adopt a strict definition of the concept of handicap. He stated (at p. 709):

[TRANSLATION] However useful and relevant they may be, these clarifications do not in our view, lead to an infallibly precise identification of the issues, which, because of subtle distinctions, will continue to be raised in certain less obvious cases. In my view, as illness is so broad and its meaning so varied, I cannot rule out health.

Without providing an exhaustive definition of handicap, Philippon J. cited *inter alia* the following passage from “La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise” (1996), 56 *R. du B.* 317, at p. 422, by Professor D. Proulx, where he states that a handicap:

[TRANSLATION] . . . may take the form of a loss, malformation or abnormality of an organ, a structure or an anatomical, physiological, psychological or mental function. Such an anomaly is therefore an abnormal physical or mental condition, one which does not conform to a standard, a model or a general rule. The effect of this condition is to make an individual unique or conspicuous. . . . [T]he cause of the anomaly which creates the handicap is immaterial. It may therefore have been present at birth (congenital cause) or arisen later, for example because of accident, illness or aging.

As to the requirements of ss. 10 and 20 of the *Charter*, Philippon J. stated that in order to prove the existence of a handicap, the complainant is not required to provide evidence of actual limitations or disabilities associated with the identified anomaly. Rather, this proof is required at the second step of the analysis, pursuant to s. 20, when the onus is on the employer to justify the exclusion (at p. 710):

[TRANSLATION] It is only at the second step that evidence regarding the person’s actual limitations which prevent him or her from performing the normal duties

toutes deux, parties intégrantes de la notion de handicap.

Le juge Philippon s’interroge ensuite sur la définition de la notion de handicap. Après s’être référé à plusieurs autorités jurisprudentielles et doctrinales, il refuse d’adopter une définition étanche du concept de handicap. Il s’exprime ainsi (à la p. 709):

Si utiles et pertinentes soient-elles, ces clarifications ne permettent cependant pas, à notre avis, de cerner avec une précision infaillible les questions qui, faisant appel à des distinctions subtiles, continueront de se poser dans certains cas d’espèce moins évidents. J’estime être incapable d’exclure l’état de santé tellement est vaste la maladie et variée son acception.

Sans en donner une définition exhaustive, le juge Philippon cite, entre autres, l’extrait suivant de l’article du professeur D. Proulx, «La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise» (1996), 56 *R. du B.* 317, à la p. 422, à l’effet que le handicap:

. . . se présente sous la forme d’une perte, d’une malformation ou d’une altération d’un organe, d’une structure ou d’une fonction anatomique, physiologique, psychologique ou mentale. Une telle anomalie est par conséquent un état physique ou mental anormal, c’est-à-dire non conforme à une norme, à un modèle ou à une règle générale, lequel état a pour effet de particulariser un individu ou de le singulariser. [. . .] [L]a cause d’une anomalie constitutive de handicap est sans importance. Elle peut donc être acquise à la naissance (cause congénitale) ou par la suite, en raison notamment d’un accident, d’une maladie ou du vieillissement.

Discutant ensuite des exigences prévues aux art. 10 et 20 de la *Charte*, le juge Philippon estime que la démonstration d’un handicap ne requiert pas la preuve, en demande, de limitations ou d’incapacités réelles reliées à l’anomalie identifiée. Cette démonstration doit plutôt être faite à la deuxième étape de l’analyse, prévue à l’art. 20, là où il incombe à l’employeur de justifier l’exclusion (à la p. 710):

C’est seulement à la seconde étape qu’est requise la preuve relative aux limitations réelles dont une personne est atteinte, l’empêchant ainsi de fournir une prestation

21

22

23

must be provided. At the first step, and applying these principles to the cases before the Court, the complainants are not required to produce evidence other than what was essentially provided by the employers' medical experts, which indicates that the complainants have anomalies and that these anomalies are the basis for the infringement of their right to equality in employment. It should be noted that while medical evidence of this kind will undoubtedly be required in most cases, it will probably not be necessary in clear-cut cases.

In any event, the complainant is not required to prove that his or her ability to perform the duties of a position or occupation is limited. It is the employer who must justify the exclusion at the second step, under s. 20.

24 For the above reasons, Philippon J. concluded that Ms. Mercier and Mr. Troilo were victims of discriminatory exclusion within the meaning of s. 10 of the *Charter*. Accordingly, he reversed the Judge Brossard's judgments and ordered that both cases be returned to the tribunal of first instance for a decision regarding s. 20 of the *Charter*, where the onus is on the employer to justify the exclusion. Philippon J. dismissed the intervention of the CUM, although the CUM's appeal remains pending before the Court of Appeal.

IV. Issue

25 As I stated at the outset, the only issue is the interpretation of s. 10 of the *Charter*.

V. Analysis

(a) *Principles of Interpretation*

26 The *Charter* does not define the term "handicap" and the word's ordinary meaning is not clear from the various dictionary definitions. It seems that "handicap" can have a vague or very broad meaning. Therefore, as this appeal is essentially an exercise in interpretation, we must first review certain principles that apply in this situation.

de travail normale. À la première étape, et appliquant ces principes aux cas devant la Cour, les plaignants n'ont pas à faire une preuve autre que celle essentiellement fournie, en l'occurrence, par les experts médicaux des employeurs et selon laquelle ils sont affectés d'anomalies sur la base desquelles on a porté atteinte à leur droit à l'égalité en emploi. Notons qu'une preuve médicale de même nature sera sans doute nécessaire dans la plupart des cas, mais probablement pas dans des affaires évidentes.

En tout état de cause, il n'appartient pas à un plaignant d'établir que sa capacité de fournir une prestation dans une fonction ou une occupation de travail est limitée. C'est à l'employeur, à la deuxième étape, qu'il appartient de justifier de l'exclusion, dans le cadre de l'article 20.

Pour l'ensemble de ces motifs, le juge Philippon conclut que M^{me} Mercier et M. Troilo ont été victimes d'exclusions discriminatoires au sens de l'art. 10 de la *Charte*. Il infirme en conséquence les jugements du juge Brossard et ordonne le renvoi des deux dossiers au tribunal de première instance afin que celui-ci se prononce sur l'étape de l'analyse où il incombe à l'employeur de justifier l'exclusion, en vertu de l'art. 20 de la *Charte*. Le juge Philippon rejette l'intervention de la CUM, alors que l'appel était toujours pendant devant la Cour d'appel.

IV. La question en litige

Comme je l'ai mentionné dès le départ, la seule question en litige concerne l'interprétation de l'art. 10 de la *Charte*.

V. Analyse

a) *Les principes d'interprétation*

La *Charte* ne définit pas le motif «handicap». De plus, le sens ordinaire de ce mot ne ressort pas clairement à la lecture des différentes définitions que l'on retrouve dans les dictionnaires. On constate que «handicap» peut avoir une acception vague ou très large. Puisque ce pourvoi donne donc lieu à un exercice d'interprétation, il est essentiel de rappeler d'abord certains principes applicables.

As Philippon J. pointed out, given its fundamental and quasi-constitutional status, human rights legislation prevails over other legislation. That principle has been reiterated by this Court on several occasions: *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, [1987] 2 S.C.R. 84; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554. The Court has also held that because of its quasi-constitutional status, the *Charter* must be interpreted in light of both its context and objectives: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Robichaud v. Canada (Treasury Board)*, *supra*; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3.

Accordingly, in *Béliveau St-Jacques v. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 S.C.R. 345, at para. 116, Gonthier J. wrote the following on the subject of the Quebec *Charter*:

Like the statutes that are its counterparts in the other provinces, the *Charter*, which was enacted in 1975, has a special quasi-constitutional status. Certain of its provisions thus have relative primacy, resulting from s. 52. By its very nature, such a statute calls for a large and liberal interpretation that allows its objectives to be achieved as far as possible. In this sense, not only the provisions at issue but the entire statute must be examined (see in this regard *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at p. 547).

More generally, in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at pp. 383-84, Professor R. Sullivan summarized as follows the rules of interpretation that apply to human rights legislation:

(1) Human rights legislation is given a liberal and purposive interpretation. Protected rights receive a broad

27
Comme le souligne le juge Philippon, la législation en matière de droits de la personne a un caractère fondamental et quasi-constitutionnel, ce qui lui assure une suprématie de principe par rapport aux lois ordinaires. Notre Cour a affirmé ce principe à plusieurs reprises: *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1987] 2 R.C.S. 84; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554. Nous avons également reconnu qu'étant donné le caractère quasi-constitutionnel de la législation en matière de droits de la personne, il convient de l'interpréter à la lumière de ses objectifs et de son contexte: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor)*, précité; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

28
C'est ainsi que dans *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.*, [1996] 2 R.C.S. 345, au par. 116, le juge Gonthier écrit ceci au sujet de la *Charte* québécoise:

Adoptée en 1975, la *Charte*, au même titre que les lois des autres provinces qui lui font pendant, jouit d'un statut particulier, de nature quasi constitutionnelle. Certaines de ses dispositions possèdent ainsi une primauté relative, qui découle de l'art. 52. Par sa nature même, une telle loi commande une méthode d'interprétation large et libérale, qui permet d'atteindre, autant que possible, les objectifs visés. En ce sens, non seulement les dispositions en cause, mais l'ensemble de la loi, doivent être examinés (voir à ce sujet *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, à la p. 547).

29
De façon plus générale, le professeur R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), aux pp. 383 et 384, fait le résumé suivant des règles d'interprétation applicables aux lois en matière de droits de la personne:

[TRADUCTION]

(1) Les lois en matière de droits de la personne doivent recevoir une interprétation libérale, fondée sur l'objet

interpretation, while exceptions and defences are narrowly construed.

(2) In responding to general terms and concepts, the approach is organic and flexible. The key provisions of the legislation are adapted not only to changing social conditions but also to evolving conceptions of human rights.

In this regard, see also *Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)*, [1992] 2 S.C.R. 321.

30

This Court has repeatedly stressed that it is inappropriate to rely solely on a strictly grammatical analysis, particularly with respect to the interpretation of legislation which is constitutional or quasi-constitutional in nature: *Gould v. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 S.C.R. 571; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, *supra*.

31

The courts are increasingly recognizing that all statutes, whether or not they are constitutional in nature, must be interpreted contextually. P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3rd ed. 1999), stated at pp. 355-56:

[TRANSLATION] Without going so far as to say that words have no intrinsic meaning, their dependence on context for real meaning must be recognized. A dictionary provides a limited assortment of potential meanings, but only within the context is the effective meaning revealed. . . .

See also Sullivan, *supra*, at p. 3.

32

Thus, as this Court stated in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21-23, it is appropriate to consider the legislative context. According to Côté, *supra*, at pp. 355-56, the context of a law includes the other provisions of the law, related statutes, the objective of both the law

visé. Les droits protégés reçoivent une interprétation large, alors que les exceptions et les moyens de défense font l'objet d'une interprétation restrictive.

(2) En ce qui a trait à l'interprétation des termes et des concepts généraux, c'est la méthode organique et souple qui prévaut. Les principales dispositions des lois sont adaptées en fonction non seulement des changements de conditions sociales, mais encore de l'évolution des conceptions en matière de droits de la personne.

À cet effet, voir également *Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, [1992] 2 R.C.S. 321.

Notre Cour a souligné à maintes reprises qu'il n'y a pas lieu de s'en rapporter uniquement à la méthode d'interprétation fondée sur l'analyse grammaticale, notamment en ce qui concerne l'interprétation de lois de nature constitutionnelle et quasi-constitutionnelle: *Gould c. Yukon Order of Pioneers*, [1996] 1 R.C.S. 571; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité.

De plus en plus, les tribunaux reconnaissent que la méthode d'interprétation contextuelle s'applique à toutes les lois, même celles qui ne sont pas à caractère constitutionnel. P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd. 1999), s'exprime ainsi aux pp. 355 et 356:

Sans aller jusqu'à prétendre que les mots n'ont pas de sens en eux-mêmes, on doit admettre cependant que leur sens véritable dépend partiellement du contexte dans lequel ils sont employés. Le dictionnaire ne fait que définir certains sens virtuels que les mots peuvent véhiculer: ce sont des sens potentiels (dont la liste ne saurait jamais être exhaustive) et ce n'est que l'emploi du mot dans un contexte concret qui précisera son sens effectif. . . .

Voir également Sullivan, *op. cit.*, à la p. 3.

Ainsi, tel que l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, aux par. 21 à 23, il y a lieu d'examiner le contexte de la loi. Selon Côté, *op. cit.*, aux pp. 355 et 356, le contexte d'une loi comprend les autres dispositions de la loi, les lois connexes, l'objectif

and the specific provision, as well as the circumstances which led to the drafting of the text.

(i) Objectives of the Charter

The preamble of a statute often provides a good indication of that statute's objectives: *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, *supra*; *Interpretation Act*, R.S.Q., c. I-16, s. 40. Thus, in the case at bar, it is helpful to examine the following three paragraphs of the preamble to the *Charter*:

WHEREAS every human being possesses intrinsic rights and freedoms designed to ensure his protection and development;

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of the human being and recognition of his rights and freedoms constitute the foundation of justice and peace;

The preamble suggests that the *Charter's* objective is to protect the dignity and equality rights of all human beings and, by logical extension, to eliminate discrimination. McIntyre J. first made the connection between these concepts in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 172, when he said, "Discrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality . . .".

It was also in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, at pp. 174-75, that McIntyre J. described discrimination as follows:

... [it is] a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a

poursuivi par la loi et par la disposition spécifique, ainsi que les circonstances qui ont amené l'énonciation du texte.

(i) Les objectifs de la Charte

Le préambule d'une loi sert souvent à nous éclairer sur les objectifs de celle-ci: *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, précité; *Loi d'interprétation*, L.R.Q., ch. I-16, art. 40. Il y a alors lieu de reproduire les trois paragraphes suivants que l'on retrouve au préambule de la *Charte*:

CONSIDÉRANT que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;

Nous trouvons dans ce préambule une indication que l'objectif poursuivi par la *Charte* est la protection du droit à la dignité et à l'égalité de tout être humain et, comme suite logique, la suppression de la discrimination. Le juge McIntyre a fait le lien entre ces concepts dès l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 172, lorsqu'il dit que «[l]a discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité . . .».

C'est aussi dans l'affaire *Andrews c. Law Society of British Columbia*, aux pp. 174 et 175, que le juge McIntyre décrit ainsi la discrimination:

... [c'est] une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à

33

34

35

group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

Since then, this passage has been cited in the vast majority of the decisions of this Court dealing with discrimination: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Cet extrait a été repris par la suite dans la grande majorité des arrêts de notre Cour qui ont trait à la discrimination: *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

36 The purpose of Canadian human rights legislation is to protect against discrimination and to guarantee rights and freedoms. With respect to employment, its more specific objective is to eliminate exclusion that is arbitrary and based on preconceived ideas concerning personal characteristics which, when the duty to accommodate is taken into account, do not affect a person's ability to do a job.

La législation canadienne en matière de droits de la personne envisage essentiellement la protection contre la discrimination et la jouissance des droits et libertés y garantis. Dans le domaine de l'emploi, son objet plus particulier est de mettre fin à une exclusion arbitraire basée sur des idées préconçues à l'égard de caractéristiques personnelles qui, tout en tenant compte du devoir d'accommodement, n'affectent aucunement la capacité de faire le travail.

37 In the following passage from the *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984) (also called the "Abella Report"), at p. 2, the Commission eloquently explained that:

Equality in employment means that no one is denied opportunities for reasons that have nothing to do with inherent ability. It means equal access free from arbitrary obstructions. Discrimination means that an arbitrary barrier stands between a person's ability and his or her opportunity to demonstrate it. If the access is genuinely available in a way that permits everyone who so wishes the opportunity to fully develop his or her potential, we have achieved a kind of equality. It is equality defined as equal freedom from discrimination.

Dans l'extrait suivant du *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984) (aussi appelé «Rapport Abella»), à la p. 2, la commission s'exprime éloquentement à ce sujet:

L'égalité en matière d'emploi signifie que nul ne doit se voir refuser un débouché pour des raisons qui n'ont rien à voir avec sa compétence. Elle signifie le libre accès sans barrières arbitraires. La discrimination fait qu'un obstacle arbitraire vient souvent s'interposer entre la compétence d'une personne et sa possibilité d'en faire la preuve. Si quiconque désirent se réaliser véritablement la possibilité d'accéder à l'emploi qui l'intéresse, on atteint alors une certaine égalité, c'est-à-dire le droit à l'égalité sans aucune discrimination.

Discrimination in this context means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics. What is impeding the full development of the potential is not the individual's capacity but an external barrier that artificially inhibits growth. [Emphasis added.]

This Court has cited the above passage with approval in, *inter alia*, *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, and *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*.

This Court has, on several occasions, referred to the existence of a subjective component of discrimination. Indeed, this concept is not foreign to Canadian law. In *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*, at p. 174, McIntyre J. defined discrimination in terms of distinctions based on personal characteristics attributed to an individual. Similarly, in an appeal concerning an Ontario statute and whether it violated s. 15 of the *Canadian Charter*, McLachlin J. spoke of discrimination in terms of "presumed" characteristics: *Miron v. Trudel, supra*, at para. 132. See also *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs, supra*; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Vriend v. Alberta, supra*.

The objectives of the *Charter*, namely the right to equality and protection against discrimination, cannot be achieved unless we recognize that discriminatory acts may be based as much on perception and myths and stereotypes as on the existence of actual functional limitations. Since the very nature of discrimination is often subjective, assigning the burden of proving the objective existence of functional limitations to a victim of discrimination would be to give that person a virtually impossible task. Functional limitations often exist only in the mind of other people, in this case that of the employer.

Dans ce contexte, la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort. L'intéressé n'est pas limité par ses capacités, mais par des barrières artificielles qui l'empêchent de mettre à profit son potentiel. [Je souligne.]

Notre Cour a cité cet extrait avec approbation notamment dans les affaires *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, et *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité.

La composante subjective de la discrimination n'est pas étrangère au droit canadien car, à quelques reprises, notre Cour s'est référée à l'existence d'un tel élément subjectif. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, à la p. 174, le juge McIntyre a défini la discrimination en termes de distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un individu. De même, dans le cadre d'un pourvoi visant la constitutionnalité d'une loi ontarienne au regard de l'art. 15 de la *Charte canadienne*, le juge McLachlin a parlé de discrimination en termes de caractéristiques «présumées»: *Miron c. Trudel*, précité, au par. 132. Voir aussi *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, précité; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Vriend c. Alberta*, précité.

Les objectifs de la *Charte*, soit le droit à l'égalité et la protection contre la discrimination, ne sauraient se réaliser à moins que l'on reconnaisse que les actes discriminatoires puissent être fondés autant sur les perceptions, les mythes et les stéréotypes que sur l'existence de limitations fonctionnelles réelles. La nature même de la discrimination étant souvent subjective, imposer à la victime de discrimination le fardeau de prouver l'existence objective de limitations fonctionnelles est lui imposer une tâche pratiquement impossible, car les limitations fonctionnelles n'existent souvent que dans l'esprit d'autres personnes, ici l'employeur.

38

39

40 It would be strange indeed if the legislature had intended to enable persons with handicaps that result in functional limitations to integrate into the job market, while excluding persons whose handicaps do not lead to functional limitations. Such an approach appears to undermine the very essence of discrimination.

41 I am, therefore, of the view that the *Charter's* objective of prohibiting discrimination requires that "handicap" be interpreted so as to recognize its subjective component. A "handicap", therefore, includes ailments which do not in fact give rise to any limitation or functional disability.

(ii) Related Legislation

42 Philippon J. correctly noted that human rights legislation must conform to constitutional norms, including those set out in the *Canadian Charter*. While there is no requirement that the provisions of the *Charter* mirror those of the *Canadian Charter*, they must nevertheless be interpreted in light of the *Canadian Charter*: *Vriend v. Alberta*, *supra*, and *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, *supra*. Thus, when a statutory provision is open to more than one interpretation, it must be interpreted in a manner consistent with the provisions of the *Canadian Charter*: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Eaton v. Brant County Board of Education*, *supra*; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844.

43 Section 10 of the *Charter* must also be examined in light of other federal and provincial human rights legislation. The parties noted that the terminology used in human rights legislation varies from one jurisdiction to another. In fact, words such as "handicap" and "disability" are used in English, while words such as "handicap", "déficience", "incapacité" and "invalidité" are used in French. See, for example, *Canadian Charter*, s. 15(1); *Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 3(1); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I.

Il serait étrange que le législateur ait voulu intégrer au marché du travail les personnes atteintes de handicaps présentant des limitations fonctionnelles alors que les personnes sans limitations fonctionnelles en seraient exclues. Cela semble la négation même de la notion de discrimination.

J'estime alors que l'objectif antidiscriminatoire de la *Charte* exige que le motif «handicap» soit interprété de façon à reconnaître son élément subjectif. Un «handicap» comprend donc des affections qui n'occasionnent en réalité aucune limitation ou incapacité fonctionnelle.

(ii) Les lois connexes

Le juge Philippon souligne avec raison que la législation en matière de droits de la personne est assujettie à une obligation de conformité aux normes constitutionnelles, dont celles énoncées dans la *Charte canadienne*. Même si les dispositions de la *Charte* ne doivent pas nécessairement être le reflet exact de la *Charte canadienne*, elles s'interprètent néanmoins à la lumière de celle-ci: *Vriend c. Alberta*, précité, et *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, précité. Ainsi, lorsqu'une disposition législative est susceptible de plus d'une interprétation, elle doit être interprétée d'une façon qui se concilie avec les dispositions de la *Charte canadienne*: *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, précité; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

En plus de la *Charte canadienne*, l'art. 10 de la *Charte* doit être examiné dans le contexte des autres législations provinciales et fédérales en matière de droits de la personne. Les parties ont souligné que le vocabulaire utilisé dans la législation en matière de droits de la personne diffère d'une juridiction à l'autre. En effet, on retrouve les expressions «handicap» et «disability» en anglais, ainsi que les expressions «handicap», «déficience», «incapacité» et «invalidité» en français, notamment dans les lois suivantes: *Charte*

1988, c. H-12, s. 1(1)(1); *Fair Practices Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. F-2, s. 3; *Human Rights Code*, S.M. 1987-88, c. 45, C.C.S.M., c. H175, s. 9(2)(1); *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, c. 214, s. 3(1); *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, s. 2.

Judge Brossard held that it was not necessary to compare the ground “handicap” in the *Charter* with words used in other legislation since federal statutes and those of the majority of Canadian provinces prohibit discrimination on the basis of expressions other than “handicap”. According to Judge Brossard, such a comparison would not facilitate the interpretation of the word “handicap” as it is used in s. 10 of the *Charter*.

As Philippon J. observed, different human rights laws share a common objective and this has often prompted Canadian courts to ascribe a common meaning to similar provisions. In this way, courts have minimized the importance of minor differences in terminology. See *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*; *Brossard (Town) v. Quebec (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.

This Court has often stressed that mere differences in terminology do not support a conclusion that there are fundamental differences in the objectives of human rights statutes. In *University of British Columbia v. Berg*, [1993] 2 S.C.R. 353, at p. 373, Lamer C.J., speaking for the majority, stated the following:

If human rights legislation is to be interpreted in a purposive manner, differences in wording between provinces should not obscure the essentially similar purposes of such provisions, unless the wording clearly evinces a

canadienne, par. 15(1); *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, par. 3(1); *Human Rights Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-12, al. 1(1)(1); *Loi prohibant la discrimination*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. F-2, art. 3; *Code des droits de la personne*, L.M. 1987-88, ch. 45, C.P.L.M., ch. H175, al. 9(2)(1); *Human Rights Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 214, par. 3(1); *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, art. 2.

Dans sa décision, le juge Brossard a estimé qu’il n’était pas nécessaire de comparer le motif «handicap» que l’on retrouve dans la *Charte* aux expressions utilisées dans d’autres lois, puisque les lois fédérales et celles de la majorité des provinces canadiennes prohibent la discrimination sur la base d’expressions autres que «handicap». Selon le juge Brossard, une telle comparaison ne faciliterait pas l’interprétation de l’expression «handicap» employée à l’art. 10 de la *Charte*.

Pourtant, tel que l’a noté le juge Philippon, l’objet commun reconnu aux différents textes composant la législation en matière de droits de la personne a souvent amené les tribunaux canadiens à attribuer un sens commun à des dispositions similaires. C’est ainsi que les tribunaux ont relégué au second plan les différences de terminologie jugées non significatives. Voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité; *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.

Notre Cour a souvent insisté sur le fait qu’il ne faut pas se réfugier derrière des différences de terminologie pour conclure à des divergences fondamentales entre les objectifs poursuivis par les lois en matière de droits de la personne. Dans l’affaire *University of British Columbia c. Berg*, [1993] 2 R.C.S. 353, à la p. 373, le juge en chef Lamer, s’exprimant au nom de la majorité, affirme ce qui suit:

Si les lois en matière de droits de la personne doivent être interprétées en fonction de l’objet visé, les différences de formulation entre les provinces ne devraient pas masquer les fins essentiellement semblables de ces

44

45

46

different purpose on behalf of a particular provincial legislature. [Emphasis added.]

dispositions, à moins que la formulation n'indique la poursuite d'une fin différente de la part d'une législature provinciale particulière. [Je souligne.]

47 Because the *Charter* must be interpreted in light of the *Canadian Charter* and other human rights legislation, we are faced with the question of whether the ground of discrimination found in s. 15(1) of the *Canadian Charter* and in other human rights statutes includes disabilities which do not give rise to any functional limitation.

Étant donné que la *Charte* s'interprète à la lumière de la *Charte canadienne* et des autres lois en matière de droits de la personne, la question qui se pose est de savoir si le motif de discrimination que l'on retrouve au par. 15(1) de la *Charte canadienne* et ailleurs couvre les déficiences n'occasionnant aucune limitation fonctionnelle.

48 Whatever the wording of the definitions used in human rights legislation, Canadian courts tend to consider not only the objective basis for certain exclusionary practices (i.e. the actual existence of functional limitations), but also the subjective and erroneous perceptions regarding the existence of such limitations. Thus, tribunals and courts have recognized that even though they do not result in functional limitations, various ailments such as congenital physical malformations, asthma, speech impediments, obesity, acne and, more recently, being HIV positive, may constitute grounds of discrimination: *Labelle v. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1311 (Can. Trib.); *De Jong v. Horlacher Holdings Ltd.* (1989), 10 C.H.R.R. D/6283 (B.C.H.R.C.); *Matlock v. Canora Holdings Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1576 (B.C. Bd. Inq.); *St. Thomas v. Canada (Armed Forces)* (1991), 14 C.H.R.R. D/301 (Can. Trib.); *Davison v. St. Paul Lutheran Home of Melville, Saskatchewan* (1992), 15 C.H.R.R. D/81 (Sask. H.R.C.); *Thwaites v. Canada (Armed Forces)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259 (Can. Trib.).

Quel que soit le libellé des définitions employées dans les lois en matière de droits de la personne, les tribunaux canadiens ont tendance à considérer non seulement les fondements objectifs de certaines pratiques d'exclusion, soit l'existence réelle de limitations fonctionnelles, mais également les perceptions subjectives et erronées de l'existence de telles limitations. Les tribunaux ont en effet reconnu que des affections diverses telles des malformations physiques congénitales, l'asthme, des difficultés d'élocution verbale, l'obésité, l'acné et, plus récemment, l'état de séropositivité, quoique n'en résultent pas des limitations fonctionnelles, sont susceptibles de constituer des causes prohibées de discrimination: *Labelle c. Air Canada* (1983), 4 C.H.R.R. D/1311 (Trib. Can.); *De Jong c. Horlacher Holdings Ltd.* (1989), 10 C.H.R.R. D/6283 (H.R.C. C.-B.); *Matlock c. Canora Holdings Ltd.* (1983), 4 C.H.R.R. D/1576 (Bd. Inq. C.-B.); *St. Thomas c. Canada (Forces armées)* (1991), 14 C.H.R.R. D/301 (Trib. Can.); *Davison c. St. Paul Lutheran Home of Melville, Saskatchewan* (1992), 15 C.H.R.R. D/81 (H.R.C. Sask.); *Thwaites c. Canada (Forces armées)* (1993), 19 C.H.R.R. D/259 (Trib. Can.).

49 With respect to the *Canadian Charter*, M. D. Lepofsky and J. E. Bickenbach, "Equality Rights and the Physically Handicapped", in A. F. Bayefsky and M. Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), 323, at p. 346, submit that a "disability" within the meaning of s. 15 includes an actual or perceived "disability":

En ce qui a trait à la *Charte canadienne*, les auteurs M. D. Lepofsky et J. E. Bickenbach, «Equality Rights and the Physically Handicapped», dans A. F. Bayefsky et M. Eberts, dir., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), 323, à la p. 346, soumettent qu'une «déficience» au sens de l'art. 15 comprend une «déficience» réelle ou perçue:

... the context of section 15 reveals that a *Charter* plaintiff can bring a complaint under section 15 whether or not he or she actually has a physical disability, so

[TRADUCTION] ... le contexte de l'article 15 indique que la personne qui invoque la *Charte* peut déposer une plainte fondée sur cet article, peu importe qu'elle soit

long as the *Charter* defendant . . . believed the plaintiff to have a physical disability. If, for example, a federal civil servant was fired from her job because she was allegedly an epileptic, that civil servant could frame an action under section 15 even if she was not in fact an epileptic. . . . Section 15(1) confers rights on “every individual” not “every physically or mentally disabled individual” and points to “discrimination because of disability” instead of “discrimination against disabled persons”. This clearly suggests that perceived, as well as actual, disability is included in section 15. [Emphasis in original.]

In *Bahlsen v. Canada (Minister of Transport)*, [1997] 1 F.C. 800, the Federal Court of Appeal held that a diabetic able to control hypoglycemic episodes before they become incapacitating, has a “disability” for the purposes of s. 15(1) of the *Canadian Charter*.

Similarly, in *Cinq-Mars v. Transports Provost Inc.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4704, the Canadian Human Rights Tribunal agreed that bilateral spondylolysis which does not cause any functional limitation constitutes a “disability” under the *Canadian Human Rights Act*.

Thus, by confining the availability of remedies to persons suffering from limitations in the performance of everyday activities, Judge Brossard imposed considerably narrower criteria than those applied under related legislation, including the term “mental or physical disability” in s. 15 of the *Canadian Charter*. It is therefore my view that Judge Brossard interpreted s. 10 of the *Charter* too narrowly.

(iii) Legislative History

As Philippon J. of the Court of Appeal stated, with respect to legislative interpretation, the importance of legislative history is well established: “. . . prior enactments may throw some light on the intention of the legislature in repeal-

réellement ou non atteinte d'une déficience physique. Il suffit que la personne contre qui la *Charte* est invoquée ait cru à l'existence d'une déficience physique. Si, par exemple, une fonctionnaire fédérale était congédiée parce qu'on allègue qu'elle est épileptique, celle-ci pourrait intenter une action fondée sur l'article 15 même si, en réalité, elle n'est pas épileptique. [. . .] Le paragraphe 15(1) confère des droits à «tous» et non pas à «toute personne atteinte d'une déficience physique ou mentale», et il vise la «discrimination fondée sur une déficience» plutôt que la «discrimination envers les personnes atteintes d'une déficience». Il en ressort clairement que l'article 15 comprend autant la déficience perçue que la déficience réelle. [En italique dans l'original.]

Dans l'arrêt *Bahlsen c. Canada (Ministre des Transports)*, [1997] 1 C.F. 800, la Cour d'appel fédérale a reconnu qu'une personne diabétique en mesure de contrôler les épisodes hypoglycémiques, avant que ceux-ci n'entraînent une incapacité, est atteinte d'une «déficience» pour les fins du par. 15(1) de la *Charte canadienne*.

De même, dans l'affaire *Cinq-Mars c. Transports Provost Inc.* (1988), 9 C.H.R.R. D/4704, le Tribunal des droits de la personne du Canada a accepté qu'une spondylolyse bilatérale ne causant aucune limitation fonctionnelle soit qualifiée de «déficience» selon la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

C'est ainsi qu'en limitant les recours aux personnes souffrant de limitations dans l'accomplissement de fonctions de la vie courante, le juge Brossard a imposé des critères considérablement plus stricts que ceux qui découlent de lois connexes et de l'expression «déficiences mentales ou physiques» qui se trouve à l'art. 15 de la *Charte canadienne*. Je suis donc d'avis que le juge Brossard a interprété l'art. 10 de la *Charte* de façon trop restrictive.

(iii) L'historique législatif

Comme l'a précisé le juge Philippon de la Cour d'appel, l'importance de l'historique législatif est bien reconnue en matière d'interprétation: «. . . les textes antérieurs sont de nature à jeter de la lumière sur l'intention qu'avait le législateur en les

50

51

52

53

ing, amending, replacing or adding to it”: *Gravel v. City of St-Léonard*, [1978] 1 S.C.R. 660, at p. 667. It is, therefore, useful to review the legislative history which Philippon J. also examined.

54

The first version of the *Charter*, which dates from 1975, offered no protection against discrimination based on disability or handicap. In 1978, s. 10 of the *Charter* was amended to include a ground defined as “the fact that he is a handicapped person or that he uses any means to palliate his handicap” (emphasis added). See s. 112 of *An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights*.

55

At that time, courts regularly interpreted the term “handicapped person” in a manner consistent with the following definition, found in s. 1(g) of *An Act to secure the handicapped in the exercise of their rights*, which I reproduce again:

“handicapped person”, or “the handicapped” in the plural, means a person limited in the performance of normal activities who is suffering, significantly and permanently, from a physical or mental deficiency, or who regularly uses a prosthesis or an orthopedic device or any other means of palliating his handicap.

56

According to the courts’ interpretation, this ground of discrimination offers protection against discrimination only to persons suffering from actual limitations in the performance of everyday activities. In *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961, at p. 966, Benoit J. of the Superior Court, dismissing an application by a police officer whose employment was terminated because of an ankle fracture, explained the scope of the protection as follows:

[TRANSLATION] When an employer refuses to hire someone because it considers the candidate’s skin to be too brown, regardless of whether the candidate actually has brown skin or whether the employer subjectively perceives it as such, the employer has engaged in discriminatory practices on the basis of colour and it must then justify the exclusion as a requirement of the employment. Thus, whether the exclusion is based on race, colour, sex, sexual orientation, civil status, religion, political convictions, language, ethnic or national origin or

abrogeant, les modifiant, les remplaçant ou y ajoutant»: *Gravel c. Cité de St-Léonard*, [1978] 1 R.C.S. 660, à la p. 667. Il convient donc de reprendre l’analyse de l’historique législatif que le juge Philippon a aussi examiné.

Dans sa première version, celle de 1975, la *Charte* n’offrait aucune protection contre la discrimination fondée sur une déficience ou un handicap. En 1978, l’art. 10 de la *Charte* a été modifié pour y inclure le motif défini comme «le fait qu’elle est une personne handicapée ou qu’elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap» (je souligne). Voir l’art. 112 de la *Loi assurant l’exercice des droits des personnes handicapées*.

De façon constante, les tribunaux de l’époque ont donné à l’expression «personne handicapée» la définition contenue au par. 1g) de la *Loi assurant l’exercice des droits des personnes handicapées*, qu’il y a lieu de reproduire de nouveau:

«personne handicapée» ou «handicapé»: toute personne limitée dans l’accomplissement d’activités normales et qui, de façon significative et persistante, est atteinte d’une déficience physique ou mentale ou qui utilise régulièrement une orthèse, une prothèse ou tout autre moyen pour pallier son handicap.

Les tribunaux ont interprété ce motif de discrimination de façon à n’assurer la protection à l’encontre de la discrimination qu’aux personnes souffrant de limitations réelles dans l’accomplissement des fonctions de la vie courante. Dans l’affaire *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval*, [1983] C.S. 961, à la p. 966, le juge Benoit de la Cour supérieure, en rejetant la demande d’un policier congédié en raison d’une fracture à la cheville, expliquait ainsi la portée de la protection:

Dès qu’un employeur refuse un emploi parce qu’il trouve la peau d’un candidat trop brune, peu importe que le candidat ait réellement la peau brune ou que l’employeur le perçoive subjectivement comme tel, il se trouve à exercer de la discrimination à cause de la couleur et il se place dans la position d’avoir à justifier l’exclusion par une exigence de l’emploi. Ainsi, que le motif d’exclusion soit la race, la couleur, le sexe, l’orientation sexuelle, l’état civil, la religion, les convictions politiques, la langue, l’origine ethnique ou

social condition, discrimination exists whether the employer's identification of that race, colour, sex, or sexual orientation is objective or purely subjective. [Emphasis added.]

As to the ground of “handicap”, Benoit J. pointed out that subjective perceptions were not relevant considerations (at p. 966):

[TRANSLATION] The wording of s. 10 forces us to conclude that the ground of exclusion based on a person's handicap cannot be a matter of perception, since the Charter protects a person who is a handicapped person.

Thus, the case law from that period indicates that courts rejected subjective perception in the case of handicap, although they did take it into account when considering other grounds of discrimination in s. 10. See also: *Commission des droits de la personne du Québec v. Paquet*, [1981] C.P. 78; *Commission des droits de la personne du Québec v. Héroux* (1981), 2 C.H.R.R. D/388 (Que. Prov. Ct.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Côte St-Luc (Cité de)*, [1982] C.S. 795; *Huppe v. Régie de l'assurance-automobile du Québec*, J.E. 84-303 (Prov. Ct.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765 (C.A.).

In 1982, the legislature again amended s. 10 of the *Charter*, replacing “the fact that he is a handicapped person or that he uses any means to palliate his handicap” with “handicap or the use of any means to palliate a handicap”: *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, s. 3.

According to Professor Côté, *supra*, at pp. 530-31, a statutory amendment is presumed to have been made in order to change the meaning of the text. In fact, in the present case, there is an indication that the substantive change intended by the legislature was the expansion of the protection against discrimination. In discussions leading up to the passage of the bill to amend the *Charter*, by the

nationale, la condition sociale, il y a discrimination, que l'appréciation de la race, couleur, sexe, orientation sexuelle soit objective ou purement subjective chez l'employeur. [Je souligne.]

Quant au motif «handicap», le juge Benoit a souligné que la prise en compte de perceptions subjectives était écartée à l'époque (à la p. 966):

Le texte de l'article 10 oblige à conclure que le motif d'exclusion consistant dans le fait qu'une personne est une personne handicapée ne peut être une affaire de perception car la charte protège la personne qui est une personne handicapée.

La jurisprudence de cette époque nous permet donc de constater que les tribunaux écartaient la perception subjective dans le cas du handicap alors qu'ils en tenaient compte en ce qui concernait les autres motifs de discrimination inscrits à l'art. 10. Voir aussi: *Commission des droits de la personne du Québec c. Paquet*, [1981] C.P. 78; *Commission des droits de la personne du Québec c. Héroux* (1981), 2 C.H.R.R. D/388 (C.P. Qué.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Côte St-Luc (Cité de)*, [1982] C.S. 795; *Huppe c. Régie de l'assurance-automobile du Québec*, J.E. 84-303 (C.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal-Nord (Ville de)*, [1990] R.J.Q. 2765 (C.A.).

En 1982, le législateur a modifié de nouveau l'art. 10 de la *Charte*, remplaçant le motif «le fait qu'elle est une personne handicapée ou qu'elle utilise quelque moyen pour pallier son handicap» par l'expression «le handicap ou [l']utilisation d'un moyen pour pallier ce handicap»: *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, ch. 61, art. 3.

Selon le professeur Côté, *op. cit.*, aux pp. 530 et 531, une modification législative est réputée avoir été faite en vue d'introduire un changement dans la signification du texte. D'ailleurs, nous trouvons, en l'espèce, une indication que le changement de fond visé par le législateur était l'élargissement de la protection contre la discrimination. Dans les échanges survenus avant l'adoption du projet de

57

58

59

60

Hon. Marc-André Bédard, then Minister of Justice, made the following statement:

[TRANSLATION] In addition to being less unwieldy, the proposed wording will cover all handicapped persons and not only, as the courts have interpreted it to date, those handicapped persons contemplated by the Act to secure the handicapped in the exercise of their rights. . . . the court's interpretation . . . indicated that it only covered the severely handicapped. However, this amendment . . . will allow us to include all handicapped persons.

(Quebec, National Assembly, *Journal des débats*, No. 230, December 16, 1982, at pp. B-11626 and B-11627.)

61 In *Droit constitutionnel* (3rd ed. 1997), at p. 1083, Professors H. Brun and G. Tremblay confirm that the purpose of the amendment of s. 10 [TRANSLATION] “was apparently to move away from the line of cases based on the 1978 Act”.

62 A clear trend has developed in the case law following the 1982 amendment. Courts have consistently recognized that discrimination based on “handicap” includes a subjective component: *Commission des droits de la personne du Québec v. Brasserie O'Keefe Ltée*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-005826-878, September 13, 1990; *Québec (Commission des droits de la personne) v. Montréal (Communauté urbaine)* (1992), 16 C.H.R.R. D/141 (Que. Sup. Ct.); *Québec (Commission des droits de la personne) v. Lessard, Beauceage, Lemieux Inc.* (1992), 19 C.H.R.R. D/441 (Que. Trib.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 94T-600 (T.D.P.); *Commission des droits de la personne du Québec v. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097 (T.D.P.).

63 In contrast with this trend, the interpretation proposed by Judge Brossard and by the appellants does not take into account the statutory amendment and the legislature's clear objective in this regard. The legislative history, the extrinsic evidence and the manner in which the new wording of s. 10 of the *Charter* has been interpreted by a

loi modifiant la *Charte*, le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Marc-André Bédard, explique:

La formulation proposée, en plus d'être moins lourde, permettra de couvrir toutes les personnes handicapées et non seulement, comme les tribunaux l'ont interprété jusqu'ici, les personnes handicapées visées par la Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées. [. . .] l'interprétation des tribunaux [. . .] indiquait que cela ne concernait que les handicapés lourds. Or, cet amendement [. . .] nous permettra de couvrir toutes les personnes handicapées.

(Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 230, 16 décembre 1982, aux pp. B-11626 et B-11627.)

Dans leur ouvrage *Droit constitutionnel* (3^e éd. 1997), à la p. 1083, les professeurs H. Brun et G. Tremblay confirment que le but de la modification de l'art. 10 «était vraisemblablement de rompre avec cette jurisprudence fondée sur la Loi de 1978».

Le courant jurisprudentiel qui s'est développé suite à la modification en 1982 est presque constant. De façon soutenue, les tribunaux ont reconnu la composante subjective de la discrimination fondée sur le motif de «handicap»: *Commission des droits de la personne du Québec c. Brasserie O'Keefe Ltée*, C.S. Mtl., n° 500-05-005826-878, 13 septembre 1990; *Québec (Commission des droits de la personne) c. Montréal (Communauté urbaine)* (1992), 16 C.H.R.R. D/141 (C.S. Qué.); *Québec (Commission des droits de la personne) c. Lessard, Beauceage, Lemieux Inc.* (1992), 19 C.H.R.R. D/441 (Trib. Qué.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de)*, D.T.E. 94T-600 (T.D.P.); *Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal*, [1994] R.J.Q. 2097 (T.D.P.).

Par opposition à ce courant, l'interprétation proposée par le juge Brossard et par les appelantes ne tient pas compte de la modification législative et de l'intention claire du législateur à ce sujet. L'historique législatif, la preuve extrinsèque et l'interprétation donnée par la grande majorité des tribunaux québécois à la nouvelle formulation de

majority of Quebec courts all support a broad interpretation of the ground of “handicap”, which does not require functional limitations.

(iv) Other provisions of the Charter

A statute is presumed to form a coherent whole. Therefore, according to the principles of contextual interpretation, s. 10 and the ground of “handicap” should be interpreted in light of the other provisions of the *Charter*. In this regard, s. 20 is particularly relevant.

As Philippon J. correctly pointed out, the *Charter* contemplates a two-step process for analysing discrimination. The first step, set out in s. 10, attempts to eliminate discrimination and requires that the applicant produce *prima facie* evidence of the discrimination. At this stage, the burden on the applicant is limited to showing prejudice and its connection to a prohibited ground of discrimination. There is no onus on the applicant to establish that his or her capacity is limited.

It is only at the second step, under s. 20 of the *Charter*, that the employer has the onus of showing that the measure taken is justified because it is based on aptitudes or qualifications required for the job. Evidence of actual limitations becomes relevant only at this second step.

In light of this allocation of the burden or proof, s. 10 of the *Charter* should not be interpreted as requiring evidence of justification, since this relates instead to s. 20 and the second part of the analysis. Requiring the applicant to prove that he or she has functional limitations under s. 10 would have the effect of reversing the burden of proof. I adopt the analysis of Professor Proulx, *supra*, at p. 420, where he says:

[TRANSLATION] Under this structure, the question of whether an anomaly involves limitations which are likely to interfere with the safe and efficient performance of the work cannot be asked in order to determine whether the employer was justified, within the meaning of s. 20, in excluding or being unfair to an employee. At the s. 10 stage, the only relevant question is whether the

l’art. 10 de la *Charte* militent en faveur d’une interprétation large du motif «handicap», sans exigence de limitations fonctionnelles.

(iv) Les autres dispositions de la Charte

L’ensemble d’une loi est censé former un tout cohérent. C’est ainsi que, selon les principes d’interprétation contextuelle, il convient d’interpréter l’art. 10 et le motif «handicap» à la lumière des autres dispositions de la *Charte*. À ces fins, l’art. 20 se révèle très pertinent.

Quant à l’analyse de la discrimination, comme l’a à juste titre souligné le juge Philippon, la *Charte* envisage une démarche à deux volets. La première étape, que prévoit l’art. 10, vise la suppression de la discrimination et exige du demandeur une preuve *prima facie* de celle-ci. Le fardeau qui incombe au demandeur à cette étape est limité aux éléments de préjudice et au lien avec un motif de discrimination prohibé. Il n’appartient pas au demandeur d’établir que sa capacité est limitée.

Ce n’est qu’au deuxième volet, soit en vertu de l’art. 20 de la *Charte*, qu’il incombe à l’employeur de démontrer que la mesure reprochée est justifiée parce qu’elle est fondée sur des aptitudes ou des qualités requises par l’emploi. La preuve de limitations réelles ne devient pertinente qu’à cette seconde étape.

Compte tenu de la répartition du fardeau de preuve prévue par la *Charte*, nous devons éviter d’interpréter l’art. 10 de manière à y inclure des éléments de justification qui relèvent plutôt de l’art. 20, soit le second volet de l’analyse. Exiger que le demandeur prouve qu’il souffre de limitations fonctionnelles à l’étape de l’art. 10 aurait pour effet de renverser le fardeau de preuve. J’adopte l’analyse du professeur Proulx, *loc. cit.*, à la p. 420, lorsqu’il dit:

Selon cette structure, la question de savoir si une anomalie comporte des limitations susceptibles de nuire à l’exécution efficace et sécuritaire du travail ne peut être posée que pour déterminer si l’employeur était justifié, au sens de l’article 20, d’exclure un employé ou de le défavoriser. Au stade de l’article 10, la seule question pertinente est celle de savoir si l’employeur a fondé sa

64

65

66

67

employer based its decision, in whole or in part, on the fact or presumption that the individual had a physical or mental anomaly which constitutes a handicap. . . . The question of whether or not functional limitations exist and whether they are relevant or important are thus central to the justification process. These considerations are unrelated to the proof of discrimination and the ground on which is it based, which the applicant must establish under s. 10 (combined with s. 16 in the case of employment). [Emphasis added.]

68

Section 20.1 of the *Charter* also helps clarify the notion of handicap. That section, which was added in 1996, creates an exemption which applies, *inter alia*, to insurance contracts and social benefits plans. I reproduce that section again:

20.1 In an insurance or pension contract, a social benefits plan, a retirement, pension or insurance plan, or a public pension or public insurance plan, a distinction, exclusion or preference based on age, sex or civil status is deemed non-discriminatory where the use thereof is warranted and the basis therefor is a risk determination factor based on actuarial data.

In such contracts or plans, the use of health as a risk determination factor does not constitute discrimination within the meaning of section 10. [Emphasis added.]

69

Given the presumption that the legislature does not speak in vain, it is my view that if the legislature has expressly provided an exemption based on health, it must be because, outside the context of insurance contracts and plans, health may constitute a prohibited ground of discrimination. This argument is particularly persuasive in that s. 10 establishes an exhaustive list of grounds of discrimination, and handicap is the only listed ground that can be connected to health. We must, therefore, conclude that the legislature has established a connection between the concepts of "health" and "handicap", which supports an interpretation of the word "handicap" that includes ailments related to health.

décision, en tout ou en partie, sur le fait réel ou présumé que tel individu avait une anomalie physique ou mentale constitutive de handicap. [...] La question de l'existence ou de l'inexistence de limitations fonctionnelles ou encore celle de savoir si ces dernières sont pertinentes ou importantes sont donc au cœur du processus de justification. Ces considérations n'ont rien à voir avec l'établissement de la preuve de discrimination et du motif sur lequel elle repose qui est exigée du demandeur en vertu de l'article 10 (combiné à l'article 16 en matière d'emploi). [Je souligne.]

L'article 20.1 de la *Charte* vient également éclairer la notion de handicap. Cet article, ajouté en 1996, crée une exemption qui s'applique, notamment, aux contrats d'assurance et aux régimes d'avantages sociaux. Je le reproduis de nouveau:

20.1 Dans un contrat d'assurance ou de rente, un régime d'avantages sociaux, de retraite, de rentes ou d'assurance ou un régime universel de rentes ou d'assurance, une distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'âge, le sexe ou l'état civil est réputée non discriminatoire lorsque son utilisation est légitime et que le motif qui la fonde constitue un facteur de détermination de risque, basé sur des données actuarielles.

Dans ces contrats ou régimes, l'utilisation de l'état de santé comme facteur de détermination de risque ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 10. [Je souligne.]

Étant donné la présomption selon laquelle le législateur ne parle pas pour ne rien dire, j'estime que si le législateur a expressément prévu une exemption fondée sur l'état de santé, ce doit être parce que la référence à l'état de santé, en dehors du contexte des contrats et régimes d'assurance, peut constituer un motif de discrimination prohibé. L'argument est d'autant plus convaincant que l'art. 10 crée une liste exhaustive des motifs de discrimination et le seul motif énuméré qui puisse être relié à l'état de santé est celui du handicap. Il faut donc comprendre que le législateur a établi un lien entre les notions d'«état de santé» et de «handicap», ce qui milite en faveur d'une interprétation du terme «handicap» qui comprend des affections liées à l'état de santé.

In short, to require proof of functional limitations under s. 10 would create contradictions between s. 10 and s. 20. It follows that the Act, considered in its entirety, and the presumption of coherence support a broad interpretation of the word “handicap” that does not require anomalies involving functional limitations and that could include ailments related to health.

(v) Conclusion

The rules of interpretation do not support the appellants’ argument that the word “handicap” must mean a physical or mental anomaly that necessarily results in functional limitations. The liberal and purposive method of interpretation along with the contextual approach, which includes an analysis of the objectives of human rights legislation, the way in which the word “handicap” and other similar terms have been interpreted elsewhere in Canada, the legislative history, the intention of the legislature and the other provisions of the *Charter*, support a broad definition of the word “handicap”, which does not necessitate the presence of functional limitations and which recognizes the subjective component of any discrimination based on this ground.

(b) *Meaning and Scope of “Handicap”*

From our analysis of these principles of interpretation, it is clear that “handicap” as it is used in the *Charter* can include both an ailment, even one with no resulting functional limitation, as well as the perception of such an ailment. Is it possible, or even useful, to arrive at a more precise definition of “handicap” for the purposes of the *Charter*? A brief survey of the international scene shows that certain countries, such as Australia and the United States, have adopted specific definitions of “handicap”.

Moreover, although it is not expressly mentioned in the leading international instruments such as the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810 (1948), at p. 71, the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993

Bref, exiger la preuve de limitations fonctionnelles à l’art. 10 créerait des contradictions entre l’art. 10 et l’art. 20. C’est alors que l’ensemble de la loi et la présomption de cohérence favorisent une interprétation large du mot «handicap», sans exigence d’anomalies impliquant des limitations fonctionnelles et qui pourrait inclure des affections liées à l’état de santé.

(v) Conclusion

Les règles d’interprétation n’appuient pas la prétention des appelantes suivant laquelle le mot «handicap» doit signifier une anomalie physique ou mentale entraînant nécessairement des limitations fonctionnelles. Ensemble, la méthode d’interprétation large et libérale fondée sur l’objet visé par la loi et l’approche contextuelle, y compris une analyse des objectifs de la législation en matière de droits de la personne, de la façon dont le mot «handicap» et d’autres termes similaires ont été interprétés ailleurs au Canada, de l’historique législatif, de l’intention du législateur et des autres dispositions de la *Charte*, militent en faveur d’une définition large du mot «handicap», qui ne nécessite pas la présence de limitations fonctionnelles et qui reconnaît l’élément subjectif de la discrimination fondée sur ce motif.

b) *La portée et l’étendue du motif «handicap»*

L’analyse de ces principes d’interprétation nous permet de constater que le motif «handicap» de la *Charte* doit comprendre une affection, même sans limitation fonctionnelle, ainsi que la perception d’une telle affection. Une définition plus précise du motif «handicap» pour les fins de la *Charte* est-elle possible ou même utile? Un bref survol de la scène internationale révèle que certains pays, tels l’Australie et les États-Unis, ont adopté des définitions précises du mot «handicap».

Par ailleurs, bien que le terme n’apparaisse pas expressément dans les grands instruments internationaux tels la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948), à la p. 71, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et cultu-*

70

71

72

73

U.N.T.S. 3, or the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, definitions of the word “handicap” and equivalent words do appear in several international instruments which deal specifically with that issue. Nevertheless, there is no consistent definition in international law. Indeed, a number of international instruments have developed a variety of definitions of the term “handicap”, mostly in relation to the specific instrument’s own objectives.

rels, 993 R.T.N.U. 3, ou le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, on retrouve des définitions du terme «handicap» et de ses équivalents dans certains instruments internationaux qui traitent spécifiquement de la question. Or, le droit international ne fournit pas de définition constante et, dans les divers textes, la notion de «handicap» est souvent élaborée en fonction des objectifs poursuivis par l’instrument particulier.

74 Increasingly, the international community relies on the Classification of the World Health Organization (“WHO”) entitled *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps: A Manual of Classification Relating to the Consequences of Disease* (1980). For example, during the International Year of Disabled Persons, the United Nations adopted a *World Programme of Action concerning Disabled Persons*, G.A. Res. 37-52 (1982), which was intended to foster rehabilitation and promote equality for persons with a handicap, as this term is defined by the WHO: Proulx, *supra*, at pp. 324-28.

La communauté internationale se réfère de plus en plus à la classification de l’Organisation mondiale de la santé («OMS») intitulée *Classification internationale des handicaps: déficiences, incapacités et désavantages: Un manuel de classification des conséquences des maladies* (1988) (version originale anglaise publiée en 1980 sous le titre *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps*). À titre d’exemple, l’Organisation des Nations Unies, dans le cadre de l’Année internationale des personnes handicapées, a adopté un *Programme d’action mondiale concernant les personnes handicapées*, Rés. A.G. 37/52 (1982), qui vise à favoriser la rééducation et à promouvoir l’égalité des personnes atteintes de handicap tel que défini par l’OMS: Proulx, *loc. cit.*, aux pp. 324 à 328.

75 The following definition of the term “handicap” appears in the *International Classification of Impairments*:

In the context of health experience, a handicap is a disadvantage for a given individual, resulting from an impairment or a disability, that limits or prevents the fulfilment of a role that is normal (depending on age, sex, and social and cultural factors) for that individual.

On retrouve la définition suivante du terme «désavantage» («handicap» en anglais) dans la *Classification internationale des handicaps*:

Dans le domaine de la santé, le désavantage social d’un individu est le préjudice qui résulte de sa déficience ou de son incapacité et qui limite ou interdit l’accomplissement d’un rôle considéré comme normal compte tenu de l’âge, du sexe et des facteurs socio-culturels.

76 I completely agree with Philippon J. that the ground “handicap” must not be confined within a narrow definition that leaves no room for flexibility. Instead of creating an exhaustive definition of this concept, it seems more appropriate to propose a series of guidelines that will facilitate interpretation and, at the same time, allow courts to develop the notion of handicap consistently with various biomedical, social or technological factors. Given both the rapid advances in biomedical technology,

Je suis entièrement d’accord avec le juge Philippon qu’il ne faut pas enfermer le motif de «handicap» dans une définition étanche et dépourvue de souplesse. Au lieu de créer une définition exhaustive de ce concept, il me semble plus utile de proposer des lignes directrices qui faciliteront l’interprétation tout en permettant aux tribunaux d’adapter la notion de handicap selon divers facteurs biomédicaux, sociaux ou technologiques. Compte tenu de l’avancement rapide de la techno-

and more specifically in genetics, as well as the fact that what is a handicap today may or may not be one tomorrow, an overly narrow definition would not necessarily serve the purpose of the *Charter* in this regard.

Generally, these guidelines should be consistent with the socio-political model proposed by J. E. Bickenbach in *Physical Disability and Social Policy* (1993). This is not to say that the biomedical basis of “handicap” should be ignored, but rather to point out that, for the purposes of the *Charter*, we must go beyond this single criterion. Instead, a multi-dimensional approach that includes a socio-political dimension is particularly appropriate. By placing the emphasis on human dignity, respect, and the right to equality rather than a simple biomedical condition, this approach recognizes that the attitudes of society and its members often contribute to the idea or perception of a “handicap”. In fact, a person may have no limitations in everyday activities other than those created by prejudice and stereotypes.

In “Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?” (1997-98), 29 *Ottawa L. Rev.* 153, I. B. McKenna described the scope of the word “handicap” as follows, at p. 164:

It is the combined effect of an individual's impairment or disability and the environment constructed by society that determines whether such an individual experiences a handicap.

Similarly, Professor Proulx, *supra*, at p. 416, states:

[TRANSLATION] . . . what matters with respect to discrimination based on handicap is not so much whether the victim of the exclusion has a “real handicap” or is “actually a handicapped person” within the meaning of other legislation enacted for other purposes or even within the ordinary meaning of these terms. Central to the analysis is not so much the concept of the handicap itself, but the *discrimination* based on the handicap. [Emphasis in original.]

logie biomédicale et, plus particulièrement, de la technologie génétique et du fait que ce qui aujourd'hui constitue un handicap peut l'être ou ne pas l'être demain, une définition trop étanche ne servirait pas nécessairement l'objet de la *Charte* en cette matière.

Ces lignes directrices pourraient être en accord de façon plus générale avec le modèle socio-politique que propose J. E. Bickenbach, *Physical Disability and Social Policy* (1993). Ce n'est toutefois pas dire qu'il faille écarter les fondements biomédicaux du «handicap» mais plutôt souligner que, pour les fins de la *Charte*, il importe d'aller au-delà de ce seul critère. C'est alors qu'une approche multidimensionnelle qui tient compte de l'élément socio-politique s'avère très pertinente. En mettant l'emphase sur la dignité humaine, le respect et le droit à l'égalité, plutôt que sur la condition biomédicale tout court, cette approche reconnaît que les attitudes de la société et de ses membres contribuent souvent à l'idée ou à la perception d'un «handicap». Ainsi, une personne peut n'avoir aucune limitation dans la vie courante sauf celles qui sont créées par le préjudice et les stéréotypes.

I. B. McKenna, dans «Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?» (1997-98), 29 *R.D. Ottawa* 153, a écrit ceci au sujet de la portée du terme «handicap» à la p. 164:

[TRADUCTION] C'est l'effet conjugué de la déficience ou de l'incapacité d'une personne et du climat social qui détermine si cette personne est atteinte d'un handicap.

Au même effet, le professeur Proulx, *loc. cit.*, à la p. 416, affirme que

ce qui compte en matière de discrimination fondée sur le handicap, ce n'est pas tant de savoir si la victime d'une exclusion a un «véritable handicap» ou est «réellement une personne handicapée» au sens où on l'entend dans d'autres lois édictées pour d'autres fins ou même au sens ordinaire de ces termes. Le centre de l'analyse n'est pas tant la notion de handicap, en soi, que celle de la *discrimination* fondée sur le handicap. [En italique dans l'original.]

77

78

See also Lepofsky and Bickenbach, *supra*, at p. 343.

Voir également Lepofsky et Bickenbach, *op. cit.*, à la p. 343.

79 Thus, a “handicap” may be the result of a physical limitation, an ailment, a social construct, a perceived limitation or a combination of all of these factors. Indeed, it is the combined effect of all these circumstances that determines whether the individual has a “handicap” for the purposes of the *Charter*.

Ainsi, un «handicap» peut résulter aussi bien d’une limitation physique que d’une affection, d’une construction sociale, d’une perception de limitation ou d’une combinaison de tous ces facteurs. C’est l’effet de l’ensemble de ces circonstances qui détermine si l’individu est ou non affecté d’un «handicap» pour les fins de la *Charte*.

80 Courts will, therefore, have to consider not only an individual’s biomedical condition, but also the circumstances in which a distinction is made. In examining the context in which the impugned act occurred, courts must determine, *inter alia*, whether an actual or perceived ailment causes the individual to experience “the loss or limitation of opportunities to take part in the life of the community on an equal level with others”: McKenna, *supra*, at pp. 163 and 164. The fact remains that a “handicap” also includes persons who have overcome all functional limitations and who are limited in their everyday activities only by the prejudice or stereotypes that are associated with this ground: *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868, at para. 2.

Les tribunaux auront donc à tenir compte non seulement de la condition biomédicale de l’individu, mais aussi des circonstances dans lesquelles une distinction est faite. Dans le cadre de l’acte reproché à un employeur, les tribunaux doivent se demander, entre autres, si une affection réelle ou perçue engendre pour l’individu [TRADUCTION] «la perte ou la diminution des possibilités de participer à la vie collective au même titre que les autres»: McKenna, *loc. cit.*, aux pp. 163 et 164. Il n’en demeure pas moins que le motif «handicap» comprend par ailleurs les personnes qui ont surmonté toutes limitations fonctionnelles et qui ne sont limitées dans leur vie courante que par le préjudice ou les stéréotypes qui se rattachent à ce motif: *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868, au par. 2.

81 It is important to note that a “handicap” may exist even without proof of physical limitations or the presence of an ailment. The “handicap” may be actual or perceived and, because the emphasis is on the effects of the distinction, exclusion or preference rather than the precise nature of the handicap, the cause and origin of the handicap are immaterial. Further, the *Charter* also prohibits discrimination based on the actual or perceived possibility that an individual may develop a handicap in the future.

Il faut préciser qu’un «handicap» n’exige pas obligatoirement la preuve d’une limitation physique ou la présence d’une affection quelconque. Le «handicap» peut être soit réel ou perçu et, puisque l’accent est mis sur les effets de la distinction, exclusion ou préférence plutôt que sur la nature précise du handicap, la cause et l’origine du handicap sont sans importance. De même, une distinction fondée sur la possibilité réelle ou perçue que l’individu puisse développer un handicap dans l’avenir est prohibée par la *Charte*.

82 These guidelines are not without limits. Although I believe that health may constitute a “handicap” and thus be a prohibited ground of discrimination under s. 10 of the *Charter*, the same cannot be said of personal characteristics or “normal” ailments. There is not normally a negative bias against these kinds of characteristics or

Ces lignes directrices ne sont toutefois pas sans limite. Même si je suis d’opinion que l’état de santé peut constituer un «handicap» et ainsi être un motif de discrimination interdit à l’art. 10 de la *Charte*, il n’en est pas de même pour les caractéristiques personnelles quelconques ou les affections «normales». Puisqu’il n’existe pas normalement

ailments, and they will generally not constitute a “handicap” for the purposes of s. 10. As the emphasis is on obstacles to full participation in society rather than on the condition or state of the individual, ailments (a cold, for example) or personal characteristics (such as eye colour) will necessarily be excluded from the scope of “handicap”, although they may be discriminatory for other reasons.

The aim of the multidimensional analysis described and applied above is not only to eliminate discrimination against persons with handicaps; its goal is also to put an end to the “social phenomenon of handicapping” referred to by Bickenbach, *supra*, at p. 14, and to eliminate discrimination and inequality, generally.

As with distinctions based on the other enumerated grounds, distinctions based on “handicap” are not necessarily discriminatory. Even if the existence of a “handicap” within the meaning of s. 10 of the *Charter* is proven, all of the employer’s acts do not necessarily constitute discriminatory distinctions. In the present case, the employer acknowledges the causal connection between the complainants’ conditions and the dismissal or refusal to hire. However, in most cases, the applicants will have the burden of proving (1) the existence of a distinction, exclusion or preference, in this case the dismissal and the refusal to hire; (2) that the distinction, exclusion or preference is based on a ground enumerated in s. 10, in this case handicap, and (3) that the distinction, exclusion or preference has the effect of nullifying or impairing the right to full and equal exercise of human rights and freedoms. That said, I would reiterate that under s. 20, the onus is on the employer to demonstrate that the impugned measure is justified because it is based on aptitudes or qualifications required for the job.

VI. Disposition

Based on the foregoing analysis, and given the facts in the cases at bar, I find that there was dis-

de préjugés négatifs à l’égard de telles caractéristiques ou affections, celles-ci ne sauraient en général constituer un «handicap» au sens de l’art. 10. L’accent étant sur les obstacles à la pleine participation dans la société plutôt que sur la condition ou l’état de l’individu, les affections (un rhume, par exemple) ou les caractéristiques personnelles (telle la couleur des yeux) seront forcément exclues de la portée du motif «handicap», quoiqu’elles puissent être discriminatoires pour d’autres motifs que le handicap.

L’analyse multidimensionnelle établie et appliquée ci-dessus vise non seulement la suppression de la discrimination à l’endroit de personnes handicapées, elle cherche également à mettre un terme au [TRADUCTION] «phénomène social du handicap» dont parle Bickenbach, *op. cit.*, à la p. 14 et, de façon plus générale, elle vise la suppression de la discrimination et de l’inégalité.

Tout comme les distinctions fondées sur les autres motifs énumérés, celles qui reposent sur le motif de «handicap» ne sont pas nécessairement discriminatoires. Même si on prouve l’existence d’un «handicap» au sens de l’art. 10 de la *Charte*, cela ne veut pas dire pour autant que toute action de l’employeur crée automatiquement une distinction discriminatoire. En l’espèce, l’employeur admet le lien causal entre la condition des plaignants et le congédiement ou le refus d’embauche. Toutefois, dans la plupart des cas, il incombera à la partie demanderesse de prouver (1) l’existence d’une distinction, exclusion ou préférence, ici le congédiement et le refus d’embauche (2) que la distinction, exclusion ou préférence est fondée sur un motif énuméré à l’art. 10, ici le handicap et (3) que la distinction, exclusion ou préférence a pour effet de détruire ou compromettre le droit à l’exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne. Ceci dit, je rappelle que, selon l’art. 20, il revient à l’employeur de démontrer que la mesure reprochée est fondée sur des aptitudes ou qualités requises par l’emploi et donc justifiée.

VI. Dispositif

Suivant l’analyse ci-dessus et vu les faits de l’instance, je conclus que M^{me} Mercier et

83

84

85

crimination against Ms. Mercier and Mr. Troilo based on handicap for the purposes of s. 10 of the *Charter*. Accordingly, I would dismiss the appeal and affirm the judgments of the Quebec Court of Appeal. In accordance with the Court of Appeal, I would order that the cases be referred to the Tribunal des droits de la personne for a decision regarding any justification on the part of the defendants.

M. Troilo ont été victimes de discrimination fondée sur le handicap selon l'art. 10 de la *Charte*. En conséquence, je rejetterais l'appel et confirmerais les jugements de la Cour d'appel du Québec. À l'instar de la Cour d'appel du Québec, j'ordonnerais le renvoi de ces dossiers au Tribunal des droits de la personne afin qu'il se prononce sur la justification que pourraient apporter les défenderesses.

86 As well, I would dismiss the appeal involving Mr. Hamon, and I would return his case to the Quebec Court of Appeal in order for the Court of Appeal to decide the matter in light of this judgment.

De même, je rejetterais l'appel en ce qui concerne M. Hamon et je retournerais son dossier à la Cour d'appel du Québec pour qu'elle se prononce en tenant compte du présent arrêt.

87 The appeal is dismissed with costs.

Le tout avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant the City of Montréal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron & Mahoney, Montréal.

Procureurs de l'appelante la ville de Montréal: Jalbert, Séguin, Verdon, Caron & Mahoney, Montréal.

Solicitors for the appellant the City of Boisbriand: Lavery, de Billy, Montréal.

Procureurs de l'appelante la ville de Boisbriand: Lavery, de Billy, Montréal.

Solicitors for the appellant the Communauté urbaine de Montréal: Leduc, Bélanger, Boisvert, Laurendeau, Rivard, Montréal.

Procureurs de l'appelante la Communauté urbaine de Montréal: Leduc, Bélanger, Boisvert, Laurendeau, Rivard, Montréal.

Solicitor for the respondent: Béatrice Vizkelety, Montréal.

Procureur de l'intimée: Béatrice Vizkelety, Montréal.

Solicitor for the mis en cause Réjeanne Mercier: Jean-René Maranda, Montréal.

Procureur de la mise en cause Réjeanne Mercier: Jean-René Maranda, Montréal.

Allan Granovsky *Appellant*

v.

Minister of Employment and
Immigration *Respondent*

and

Council of Canadians with
Disabilities *Intervener*

INDEXED AS: GRANOVSKY v. CANADA (MINISTER OF
EMPLOYMENT AND IMMIGRATION)

Neutral citation: 2000 SCC 28.

File No.: 26615.

1999: November 10; 2000: May 18.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Disabled persons — Canada Pension Plan disability pension — Plan providing for accommodation with respect to periods of minimum contribution for permanently disabled persons but not for temporarily disabled persons — Whether Plan infringing right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 44.

The appellant claimed to have suffered an intermittent and degenerative back injury following a work-related accident in 1980. He was assessed to be temporarily totally disabled at that time. Prior to his accident, he had made Canada Pension Plan (CPP) contributions in six of the ten previous years. The appellant was profitably employed from time to time following his accident but maintained that his back condition continued to deteriorate and that the disability became permanent in 1993, at which time he applied for a CPP disability pension. His application was refused by the Minister of Employment and Immigration and refused again by a review tribunal in part because he had only made a CPP contribution in one year of the relevant CPP 10-year contribution period prior to the date of application and thus had what was considered to be an insufficiently recent connection to the work force. He could not bring himself within the

Allan Granovsky *Appellant*

c.

Ministre de l'Emploi et de
l'Immigration *Intimé*

et

Conseil des Canadiens avec
déficiences *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: GRANOVSKY c. CANADA (MINISTRE DE
L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION)

Référence neutre: 2000 CSC 28.

N° du greffe: 26615.

1999: 10 novembre; 2000: 18 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier,
McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience — Pension d'invalidité du Régime de pensions du Canada — Accommodement relatif aux périodes de cotisation minimale prévu par le Régime dans les cas de déficience permanente mais non dans les cas de déficience temporaire — Le Régime porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 44.

L'appelant a affirmé qu'il souffre de façon intermittente d'une blessure dégénérative au dos depuis qu'il a eu un accident du travail en 1980. À l'époque, il a été déclaré atteint d'une invalidité totale temporaire. Il avait cotisé au Régime de pensions du Canada (RPC) pendant six des dix années ayant précédé son accident. L'appelant a occupé certains emplois rémunérateurs après avoir été victime de son accident, mais il a maintenu que l'état de son dos a continué de se détériorer et que son invalidité est devenue permanente en 1993, année pendant laquelle il a présenté une demande de pension d'invalidité du RPC. Le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et ensuite un tribunal de révision ont refusé la demande de l'appelant, en partie parce qu'il n'avait cotisé au RPC que pendant une seule année de la période cotisable de 10 ans pertinente ayant précédé sa demande, de sorte qu'il n'avait pas ce qui était considéré

“drop-out” provision (made available to applicants who suffered from severe and permanent disabilities) under which periods of disability are not counted in the recency of contribution calculation. Among the issues raised by the appellant was whether the CPP infringed s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because the contributions requirement fails to take into account the fact that persons with temporary disabilities may not be able to make contributions for the minimum qualifying period in s. 44(1) because they are physically unable to work. The appellant was unsuccessful both before the Pension Appeals Board and before the Federal Court of Appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The true focus of the s. 15(1) disability analysis is not on the impairment as such, nor even any associated functional limitations, but is on the problematic response of the state to either or both of these circumstances. It is the state action that stigmatizes the impairment, or which attributes false or exaggerated importance to the functional limitations (if any), or which fails to take into account the “large remedial component” of s. 15(1), and which thus creates the legally relevant human rights dimension to what might otherwise be a straightforward biomedical condition. Since s. 15(1) is ultimately concerned with human rights and discriminatory treatment, and not with biomedical conditions, the primary focus is on the inappropriate legislative or administrative response (or lack of response) to the claimant’s condition. A s. 15 analysis should proceed on the basis of three broad inquiries: (1) whether there is a differential treatment for the purpose of s. 15(1); (2) whether this treatment was based on one or more of the enumerated and analogous grounds; and, (3) whether the differential treatment brings into play the purpose of s. 15(1), i.e., does the law, in purpose or effect, perpetuate the view that persons with temporary disabilities are less capable or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society?

The first step requires that differential treatment, based on one or more personal characteristics, be established between the appellant and some other person or group. The identification of the comparator group is crucial. The purpose of the drop-out provision is to facili-

comme un lien suffisamment récent avec le marché du travail. Il ne pouvait pas relever de la disposition d’«exclusion» (dont pouvaient se prévaloir les requérants ayant une déficience grave et permanente) en vertu de laquelle des périodes de déficience n’entrent pas dans le calcul des cotisations récentes. L’appelant a notamment soulevé la question de savoir si le RPC viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* étant donné que l’exigence en matière de cotisation ne tient pas compte du fait que les personnes qui ont une déficience temporaire ne sont peut-être pas en mesure de verser des cotisations pendant la période minimale d’admissibilité prévue au par. 44(1), parce qu’en fait elles sont physiquement incapables de travailler. L’appelant a été débouté tant par la Commission d’appel des pensions que par la Cour d’appel fédérale.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L’analyse de la déficience, fondée sur le par. 15(1), porte véritablement non pas sur les affections en tant que telles, ni même sur des limitations fonctionnelles connexes, mais plutôt sur la réaction problématique de l’État face à l’une ou l’autre de ces situations, ou aux deux à la fois. C’est l’action étatique qui stigmatise les affections ou qui attribue une importance erronée ou exagérée aux limitations fonctionnelles (s’il en est), ou encore qui ne tient pas compte de l’«aspect réparateur important» du par. 15(1), et qui ajoute ainsi la dimension, pertinente sur le plan juridique, des droits de la personne à ce qui pourrait n’être autrement qu’une simple condition biomédicale. Vu que le par. 15(1) porte en fin de compte sur les droits de la personne et le traitement discriminatoire, et non pas sur des conditions biomédicales, l’accent est mis avant tout sur la réaction législative ou administrative inadéquate (ou l’absence de réaction) face à l’état du demandeur. Une analyse fondée sur l’art. 15 devrait reposer sur trois grandes questions: Premièrement, y a-t-il différence de traitement aux fins du par. 15(1)? Deuxièmement, le traitement en cause est-il fondé sur un seul ou plusieurs des motifs énumérés ou analogues? Et troisièmement, la différence de traitement fait-elle intervenir l’objet du par. 15(1), c’est-à-dire l’objet et l’effet de la loi contestée perpétuent-ils l’opinion que les personnes ayant une déficience temporaire sont moins capables, ou moins dignes d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains ou que membres de la société canadienne?

La première étape exige qu’on établisse l’existence d’une différence de traitement, fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles, entre l’appelant et une autre personne ou un autre groupe. L’identification du groupe de comparaison est cruciale. La disposition

tate access of people with permanent disabilities to a CPP disability pension. It does so by employing the same criteria ("severe" and "prolonged") as the criteria used for the disability pension itself. Faithful correspondence between the benefit in issue and the purpose of the larger plan does not necessarily avoid the claim of discrimination, because the discrimination may lie in the purpose or effects of the larger plan. Here, however, the appellant does not take the position that the requirements for a disability pension itself are discriminatory within the meaning of s. 15. The people who benefit from the drop-out provision are those who not only demonstrate a permanent disability at the date of application, but also who possessed the permanent disability during the contribution period, or so much of it as they seek to drop out of the CPP calculation. The permanently disabled are the people whose drop-out benefit the appellant seeks to share and who therefore constitute the proper comparator group.

At the second step, the impugned distinction was established to be based on an enumerated ground. The drop-out provision makes a legislative distinction entirely on the basis of the existence and duration of the disability that rendered the appellant unemployed.

The appellant's claim fails at the third step, however, because he has not demonstrated a convincing human rights dimension to his complaint. Assuming he can show an impairment and significant functional limitations, he fails to show that the government's response to his condition through the design of the CPP or its application demeans the dignity of persons with temporary disabilities, or casts any doubt on their worthiness as human beings. The drop-out provision relates to the health status of applicants in each of the 10 years prior to the application, i.e., the relevant contribution period, at which time the appellant enjoyed a health advantage relative to the permanently disabled. The differential treatment afforded by the s. 44 "drop-out" provision ameliorates the position of those with a history of severe and permanent disabilities. It does not assist more fortunate people such as the appellant, but in the context of a contributory benefits plan, Parliament is inevitably called upon to target the particular group or groups it wishes the CPP to subsidize. Drawing lines is an unavoidable feature of the CPP and comparable schemes. Parliament did not violate the purpose of s. 15(1) by

d'exclusion a pour objet de faciliter l'accès des gens qui ont une déficience permanente à une pension d'invalidité du RPC. Elle le fait au moyen des mêmes critères («grave» et «prolongée») que ceux qui sont utilisés pour la pension d'invalidité elle-même. La correspondance exacte entre l'avantage en cause et l'objet du régime général ne permet pas nécessairement d'éviter l'allégation de discrimination, vu que la discrimination peut résider dans l'objet ou les effets du régime général. En l'espèce, toutefois, l'appellant ne prétend pas que les conditions d'admissibilité à une pension d'invalidité sont elles-mêmes discriminatoires au sens de l'art. 15. Les gens qui bénéficient de la disposition d'exclusion sont non seulement ceux qui démontrent l'existence d'une déficience permanente à la date de la demande, mais encore ceux qui avaient une déficience permanente pendant la période cotisable, ou pendant la partie de cette période qu'ils demandent d'exclure du calcul du RPC. Les personnes ayant une déficience permanente sont celles qui bénéficient de la disposition d'exclusion dont l'appellant veut se prévaloir et qui constituent le groupe de comparaison approprié.

À la deuxième étape, il a été établi que la distinction contestée était fondée sur un motif énuméré. La disposition d'exclusion établit une distinction fondée entièrement sur l'existence et la durée de la déficience qui a empêché l'appellant de travailler.

Cependant, l'allégation de l'appellant échoue à la troisième étape, car il n'a pas démontré de manière convaincante que sa plainte avait une dimension liée aux droits de la personne. En supposant qu'il peut prouver l'existence d'une affection et de limitations fonctionnelles importantes, il n'établit pas que la réaction du gouvernement face à son état, sur les plans de la conception et de l'application du RPC, porte atteinte à la dignité des personnes qui ont une déficience temporaire et jette un doute sur leur valeur en tant qu'êtres humains. La disposition d'exclusion concerne l'état de santé des requérants au cours de chacune des 10 années qui ont précédé leur demande et qui correspondent à la période cotisable pendant laquelle l'appellant jouissait, sur le plan de la santé, d'un avantage par rapport aux personnes ayant une déficience permanente. La différence de traitement que permet la disposition d'exclusion de l'art. 44 améliore la position des personnes ayant des antécédents de déficience grave et permanente. Elle n'aide pas les personnes plus fortunées comme l'appellant, mais dans le contexte d'un régime de prestations contributif, le législateur doit inévitablement cibler le ou les groupes qu'il veut aider financièrement au moyen du RPC. Tracer des lignes de démarcation est une caractéristique inévitable du RPC et de tout régime compara-

seeking to benefit individuals with a history of severe and prolonged disability.

Cases Cited

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; **distinguished:** *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; **considered:** *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868; *British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU*, [1999] 3 S.C.R. 3; **referred to:** *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montreal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27; *Sutton v. United Airlines, Inc.*, 119 S.Ct. 2139 (1999); *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Cleburne v. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985).

Statutes and Regulations Cited

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42(2)(a) [rep. & sub. c. 30 (2nd Supp.), s. 12], (b) [rep. & sub. 1992, c. 1, s. 23], 44(1)(b) [rep. & sub. c. 30 (2nd Supp.), s. 13; am. 1992, c. 2, s. 1], (2)(a) [rep. & sub. c. 30 (2nd Supp.), s. 13], (b) [*idem*].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.
Workmen's Compensation Act, R.S.M. 1970, c. W200.

Authors Cited

Bickenbach, Jerome E. *Physical Disability and Social Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1993.
 Lepofsky, M. David. "A Report Card on the Charter's Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years — What Progress? What Prospects?" (1998), 7 *N.J.C.L.* 263.
 Minow, Martha. "When Difference Has Its Home: Group Homes for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Treatment of Difference" (1987), 22 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 111.

ble. Le législateur n'a pas contrevenu à l'objet du par. 15(1) en cherchant à avantager les personnes ayant des antécédents de déficience grave et prolongée.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; **distinction d'avec les arrêts:** *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Rodriguez c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; **arrêts examinés:** *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868; *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27; *Sutton c. United Airlines, Inc.*, 119 S.Ct. 2139 (1999); *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Renvoi: B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Cleburne c. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2)a) [abr. & rempl. ch. 30 (2^e suppl.), art. 12], b) [abr. & rempl. 1992, ch. 1, art. 23], 44(1)b) [abr. & rempl. ch. 30 (2^e suppl.), art. 13; mod. 1992, ch. 2, art. 1], (2)a) [abr. & rempl. ch. 30 (2^e suppl.), art. 13], b) [*idem*].
Workmen's Compensation Act, R.S.M. 1970, ch. W200.

Doctrine citée

Bickenbach, Jerome E. *Physical Disability and Social Policy*. Toronto: University of Toronto Press, 1993.
 Lepofsky, M. David. «A Report Card on the Charter's Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years — What Progress? What Prospects?» (1998), 7 *N.J.C.L.* 263.
 Minow, Martha. «When Difference Has Its Home: Group Homes for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Treatment of Difference» (1987), 22 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 111.

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "immutable".

Pothier, Dianne. "Miles to Go: Some Personal Reflections on the Social Construction of Disability" (1992), 14 *Dalhousie L.J.* 526.

Trudeau, Pierre Elliott. *The Essential Trudeau*. Edited by Ron Graham. Toronto: M & S, 1998.

United Nations. *United Nations Decade of Disabled Persons, 1983-1992: World Programme of Action concerning Disabled Persons*. New York: United Nations, 1983.

World Health Organization. *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps: A Manual of Classification Relating to the Consequences of Disease*. Geneva: The Organization, 1980.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1998] 3 F.C. 175, 158 D.L.R. (4th) 411, 225 N.R. 2, 36 C.C.E.L. (2d) 155, 53 C.R.R. (2d) 105, [1998] F.C.J. No. 311 (QL), dismissing an appeal from the Pension Appeals Board. Appeal dismissed.

Bryan P. Schwartz and Ronald Schmalcel, for the appellant.

Edward R. Sojonky, Q.C., and *Catharine Moore*, for the respondent.

John F. Rook, Q.C., and *Mark A. Gelowitz*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

BINNIE J. — On May 27, 1980, at the age of 32, the appellant injured his back at work. Thirteen years later, having been employed irregularly at various jobs in the interim, he applied for a permanent disability pension under the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8 ("CPP"). The Minister refused the application because over the relevant 10-year period prior to the application, the appellant had failed to make the required CPP contributions in any year except 1988. The appellant argues that it was his disability that prevented him from making all of the required CPP contributions

Nations Unies. *Décennie des Nations Unies pour les personnes handicapées, 1983-1992: Programme d'action mondial concernant les personnes handicapées*. New York: Nations Unies, 1983.

Organisation mondiale de la santé. *Classification internationale des handicaps: déficiences, incapacités et désavantages: Un manuel de classification des conséquences des maladies*. Paris: INSERM, 1988.

Pothier, Dianne. «Miles to Go: Some Personal Reflections on the Social Construction of Disability» (1992), 14 *Dalhousie L.J.* 526.

Trudeau, Pierre Elliott. *Trudeau: l'essentiel de sa pensée politique*. Avec la collaboration de Ron Graham. Montréal: Le Jour, 1998.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1998] 3 C.F. 175, 158 D.L.R. (4th) 411, 225 N.R. 2, 36 C.C.E.L. (2d) 155, 53 C.R.R. (2d) 105, [1998] A.C.F. n° 311 (QL), qui a rejeté un appel de la Commission d'appel des pensions. Pourvoi rejeté.

Bryan P. Schwartz et Ronald Schmalcel, pour l'appelant.

Edward R. Sojonky, c.r., et *Catharine Moore*, pour l'intimé.

John F. Rook, c.r., et *Mark A. Gelowitz*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Le 27 mai 1980, à l'âge de 32 ans, l'appelant s'est blessé au dos dans l'exercice de ses fonctions. Treize ans plus tard, après avoir occupé différents emplois de façon sporadique, il a présenté une demande de pension d'invalidité permanente en application du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8 («RPC»). Le Ministre a refusé la demande, car pendant la période pertinente de 10 ans l'ayant précédée, l'appelant n'avait versé les cotisations requises au RPC qu'en 1988. L'appelant fait valoir que c'est l'invalidité, ou déficience, qui l'a empê-

in the relevant 1981-92 contribution period, and that the failure of the CPP to take his disability into account in considering his lack of contribution constitutes discrimination contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

2

The appellant thus raises issues of considerable importance to persons with disabilities and to governments that undertake to design and implement social benefits legislation. The CPP is a self-funded contributory plan. In what circumstances can the *Charter* alleviate against the contribution requirements imposed by Parliament? CPP *retirement* benefits are universal but *disability* benefits are conditional. They are designed to assist persons with disabilities who were recently in the work force by replacing employment income with a disability pension. The appellant does not have any significant recent attachment to the work force; thus he does not have *recent* employment income for which a CPP disability pension *can* be a substitute. Nevertheless, if the time horizon is broadened, he can point to the fact that in the 27-year period between his entry into the work force in 1967 and his application for a disability pension in 1993 he made CPP contributions in each of 10 years, mostly prior to 1980. He should not, he says, be “branded a non-contributor”.

3

The appellant admits that Parliament may, without *Charter* infringement, create a particular type of benefit (a contributory plan) targeted at a particular group of individuals (those recently in the work force) who are disadvantaged with a particular type of disability (severe rather than superficial, permanent rather than temporary), but that Parliament drew the line in the wrong place when it insisted on the same level of contributions from temporarily disabled workers as it does from able-bodied workers. In my view, for the reasons which follow, the CPP as designed and as applied to the appellant does not violate his equality rights. The impugned feature of the CPP disability pension

ché de verser au RPC toutes les cotisations requises au cours de la période cotisable pertinente de 1981 à 1992, et que l’omission du RPC de tenir compte de cette déficience constitue de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

L’appelant soulève donc des questions d’une importance considérable pour les personnes ayant une déficience et pour les gouvernements qui entreprennent de concevoir et de mettre en œuvre des mesures législatives en matière d’avantages sociaux. Le RPC est un régime contributif autofinancé. Dans quels cas la *Charte* peut-elle atténuer les exigences en matière de cotisation imposées par le législateur? Les prestations de *retraite* du RPC sont universelles, mais les prestations d’*invalidité* sont conditionnelles. Ces dernières visent à aider les personnes qui ont une déficience et qui étaient récemment sur le marché du travail en remplaçant leur revenu d’emploi par une pension d’invalidité. L’appelant n’a aucun lien significatif récent avec le marché du travail de sorte qu’il ne dispose d’aucun revenu d’emploi *récent susceptible* d’être remplacé par une pension d’invalidité du RPC. Néanmoins, si on remonte plus loin, il peut invoquer le fait qu’au cours de la période de 27 années qui s’est écoulée entre son entrée sur le marché du travail en 1967 et sa demande de pension d’invalidité en 1993, il a cotisé au RPC pendant 10 ans en tout, surtout avant 1980. Il dit qu’il ne devrait pas être [TRADUCTION] «étiqueté comme non-cotisant».

L’appelant admet que le législateur peut, sans contrevenir à la *Charte*, créer une forme particulière d’avantage (un régime contributif) destinée à un groupe précis de personnes (celles qui étaient récemment sur le marché du travail) qui sont défavorisées en raison d’un type donné de déficience (grave plutôt que superficielle, permanente plutôt que temporaire), mais il prétend que le législateur a tracé la ligne au mauvais endroit en exigeant que les travailleurs ayant une déficience temporaire cotisent autant que les travailleurs physiquement aptes. Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que le RPC, tel qu’il est conçu et tel qu’il s’applique à l’appelant, ne porte pas atteinte à ses

(the “drop-out” provision) relaxes the contribution requirement in the case of individuals with permanent disabilities but not individuals with temporary disabilities. Parliament was entitled to take into account the nature and extent of an individual’s disability *both* at the time of the application for a disability pension was made, and during the prior 10-year contribution period. While the CPP draws a statutory distinction between individuals with differing levels of disability during the contribution period, the distinction does not demean the appellant. It simply recognizes that he enjoyed greater economic strength at the relevant time than did the permanently disadvantaged people targeted by the special relief he now seeks to share.

I. Facts

The appellant says he has suffered an intermittent and degenerative back injury since 1980. As a result of a workplace accident in that year, he was assessed to be temporarily totally disabled under the *Manitoba Workmen’s Compensation Act*, R.S.M. 1970, c. W200, and received disability benefits under that Act until 1984. Prior to his accident, he had made CPP contributions in six of the ten previous years (1970-1979 inclusive). In his factum he sets out his lifetime CPP contributions as follows:

1967: Yes	1980: No
1968: Yes	1981: No
1969: No	1982: Yes
1970: No	1983: No
1971: No	1984: No
1972: No	1985: No
1973: Yes	1986: No
1974: Yes	1987: No
1975: Yes	1988: Yes
1976: Yes	1989: No
1977: Yes	1990: No
1978: No	1991: No
1979: Yes	1992: No
	1993: No

droits à l’égalité. La caractéristique contestée du régime de pension d’invalidité du RPC (la disposition d’«exclusion») assouplit l’exigence en matière de cotisation dans les cas de déficience permanente, mais non dans les cas de déficience temporaire. Le législateur avait le droit de tenir compte de la nature et de l’étendue de la déficience d’une personne *tant* au moment de la demande de pension d’invalidité *qu’au* cours de la période cotisable antérieure de 10 ans. Même si le RPC établit une distinction entre les personnes ayant différents niveaux de déficience au cours de la période cotisable, cette distinction ne rabaisse pas l’appellant. Elle ne fait que reconnaître qu’à l’époque pertinente il jouissait d’une force économique supérieure à celle des personnes défavorisées de façon permanente, à qui est destinée l’aide particulière dont il veut maintenant bénéficier.

I. Les faits

L’appellant affirme qu’il souffre de façon intermittente, depuis 1980, d’une blessure dégénérative au dos. À la suite d’un accident du travail survenu cette année-là, l’appellant a été déclaré avoir une déficience totale temporaire en application de la *Workmen’s Compensation Act* du Manitoba, R.S.M. 1970, ch. W200, et il a touché des prestations d’invalidité en vertu de cette loi jusqu’en 1984. Il avait cotisé au RPC pendant six des dix années ayant précédé son accident (à savoir de 1970 à 1979 inclusivement). Dans son mémoire, il énumère ainsi les cotisations qu’il a versées au RPC au cours de sa vie:

1967: Oui	1980: Non
1968: Oui	1981: Non
1969: Non	1982: Oui
1970: Non	1983: Non
1971: Non	1984: Non
1972: Non	1985: Non
1973: Oui	1986: Non
1974: Oui	1987: Non
1975: Oui	1988: Oui
1976: Oui	1989: Non
1977: Oui	1990: Non
1978: Non	1991: Non
1979: Oui	1992: Non
	1993: Non

In 1980-81 and again in 1982-83, the appellant was in receipt of a temporary disability allowance or rehabilitation allowance. In 1983, he was determined by the Neurosis (Psychiatric) Review Panel of the Manitoba Workmen's Compensation Board to have a 15 percent permanent disability and in 1985 was awarded a lump sum payment of \$40,449.12 in full and final settlement. On January 24, 1985, the Workmen's Compensation Board determined that the appellant was capable of working. Since that time, he has made his CPP contribution in only one year, namely 1988.

L'appelant a touché des prestations d'invalidité temporaire ou indemnité de réadaptation en 1980 et 1981 et de nouveau, en 1982 et 1983. En 1983, le Comité d'examen des névroses (psychiatrie) de la Commission des accidents du travail du Manitoba a décidé qu'il avait une déficience permanente de 15 pour 100, et, en 1985, il a alors obtenu une somme forfaitaire de 40 449,12 \$ à titre de règlement complet et définitif. Le 24 janvier 1985, la Commission des accidents du travail a jugé que l'appelant était apte au travail. Depuis lors, il n'a cotisé au RPC que pendant une seule année, à savoir en 1988.

5 Although the appellant was profitably employed from time to time following his workplace accident in 1980, he says that throughout this period his back condition continued to deteriorate and the disability became "permanent" in 1993. At that time, claiming a severe *and* permanent disability, he applied for a CPP disability pension. His application was refused by the Minister and refused again by a Review Tribunal in part because he had only made a CPP contribution in one year (1988) of the relevant CPP 10-year contribution period (1983-92) and thus had what was considered to be an insufficiently recent connection to the work force. The Tribunal took a dim view of his application, as is apparent from the terms of its decision dated July 4, 1994, which refers somewhat disparagingly to his "back-ache":

Bien que l'appelant ait occupé certains emplois rémunérateurs après avoir été victime de son accident du travail en 1980, il dit que, pendant cette période, l'état de son dos a continué de se détériorer et que sa déficience est devenue «permanente» en 1993. À ce moment-là, invoquant une déficience grave *et* permanente, il a présenté une demande de pension d'invalidité du RPC. Le ministre et ensuite un tribunal de révision ont refusé la demande de l'appelant, en partie parce qu'il n'avait cotisé au RPC que pendant une seule année (1988) de la période cotisable de 10 ans pertinente (de 1983 à 1992), de sorte qu'il n'avait pas ce qui était considéré comme un lien suffisamment récent avec le marché du travail. Comme le montre le texte de sa décision du 4 juillet 1994, qui traite de façon plutôt désobligeante des «maux de dos» de l'appelant, le tribunal de révision voyait d'un mauvais œil sa demande:

On all of the evidence, medical and otherwise, and having observed the demeanour and mental and physical manouvers [*sic*] of Mr. Granovsky during the hearing, the Tribunal is of the unanimous view that Mr. Granovsky did not suffer from a severe and prolonged mental or physical disability within the meaning of Subsection 42(2) in 1984 nor did he suffer from any such disability at any time up to the present.

[TRADUCTION] Compte tenu de l'ensemble de la preuve médicale et autre, ainsi que du comportement, des agissements et de l'attitude de M. Granovsky pendant l'audience, le tribunal estime à l'unanimité que ce dernier n'était pas atteint en 1984 d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée au sens du paragraphe 42(2), et qu'il n'a pas été atteint d'une telle invalidité depuis cette année-là.

Indeed Mr. Granovsky was very candid in stating to the Tribunal that he is anxious and waiting to go out and work if he can find work suited to his physical condition/limitation imposed by his back-ache.

En fait, M. Granovsky a avoué très franchement au tribunal qu'il était impatient de retourner travailler dès qu'il pourrait trouver un emploi adapté à l'état ou à l'incapacité physique découlant de ses maux de dos.

6 Before the Pension Appeals Board on a hearing *de novo*, the parties agreed to go forward only with

Lors d'une audience *de novo* devant la Commission d'appel des pensions, les parties ont accepté

the *Charter* argument in respect of the appellant's contribution history, and to leave for a later hearing, if necessary, whether or not the appellant in fact suffered from a severe disability at the date of his 1993 application, or otherwise. This splitting of the issues, while intended to be helpful, has given the appeal a somewhat abstract quality on the key questions of the nature and extent of the injury, and its subsequent deterioration, which is unfortunate.

In any event, the nub of the appellant's *Charter* complaint is that while the CPP relaxes the contribution requirement for applicants whose severe disability was prolonged during all or part of the 10 years immediately preceding the application, it does not relax the contribution for applicants such as the appellant whose severe disability was sporadic, in the process of developing, or of short duration. He argues that where a contributor has a special burden (such as a temporary disability) that goes "above and beyond the usual", he or she is entitled to increased flexibility in the CPP contribution requirements commensurate with the increased burden.

The appellant says that his equality rights as a *temporarily* disabled person were violated by the refusal of the CPP to drop out of its contribution calculations those years in which he was unable to work for at least six months by reason of his disability. If the drop-out provision is applied, he says, as it is for those who suffered a *permanent* disability, he would qualify for a CPP disability pension on the basis of the years in which he *did* make a valid CPP contribution. The appellant thus says that the CPP discriminated against him by insisting on the same rules of recent contribution imposed on more able-bodied workers, which he could not make because of his temporary disability, and denying him the equivalent drop-out privileges allowed to the permanently disabled. The appellant

de s'en tenir à l'argument fondé sur la *Charte* relativement à l'historique des cotisations de l'appellant et de reporter à une audience ultérieure, si nécessaire, l'examen de la question de savoir si l'appellant avait effectivement une déficience grave au moment où il a présenté sa demande en 1993. Ce fractionnement de questions, qui se voulait utile, a malheureusement rendu le pourvoi quelque peu abstrait en ce qui concerne les questions fondamentales de la nature et de l'étendue de la blessure, et de sa détérioration ultérieure.

De toute manière, l'appellant fait essentiellement valoir, dans sa plainte fondée sur la *Charte*, que même si le RPC assouplit les exigences en matière de cotisation dans les cas de déficience grave et prolongée pendant la totalité ou une partie de la période de 10 années qui précède immédiatement la demande, il ne le fait pas dans le cas d'un requérant qui, comme lui, a une déficience grave, mais sporadique, progressive ou de courte durée. Il prétend que lorsqu'un cotisant porte un fardeau spécial (comme une déficience temporaire) qui [TRADUCTION] «sort du commun», il a droit à une application plus souple des exigences en matière de cotisation du RPC, et ce, proportionnellement à l'accroissement du fardeau.

L'appellant affirme que ses droits à l'égalité, en tant que personne ayant une déficience *temporaire*, ont été violés par le refus du RPC d'exclure du calcul de ses cotisations les années pendant lesquelles il a été incapable de travailler pendant au moins six mois en raison de sa déficience. Il affirme que, si la disposition d'exclusion était appliquée de la même manière que dans le cas d'une personne qui a une déficience *permanente*, il serait admissible à une pension d'invalidité du RPC en raison des années où il a *effectivement* versé des cotisations valides au RPC. L'appellant prétend donc que le RPC a fait preuve de discrimination à son égard en insistant sur l'application des règles de cotisation récente imposées aux travailleurs plus physiquement aptes, règles qu'il n'a pas pu respecter en raison de sa déficience temporaire, et en lui refusant les mêmes privilèges d'exclusion dont jouissent les personnes qui ont une déficience permanente. L'appellant a été débouté tant par la Commission

7

8

was unsuccessful both before the Pension Appeals Board and before the Federal Court of Appeal.

II. The Statutory Scheme

9 The CPP was designed to provide social insurance for Canadians who experience a loss of earnings owing to retirement, disability, or the death of a wage-earning spouse or parent. It is not a social welfare scheme. It is a contributory plan in which Parliament has defined both the benefits and the terms of entitlement, including the level and duration of an applicant's financial contribution.

10 The disability pension replaces income for those contributors determined to be "disabled" within the statutory definition. To qualify, applicants must satisfy two legislative requirements:

(a) The contributor must suffer from a "severe and prolonged mental or physical disability". A disability is deemed to be "severe" if the person is "incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation", and "prolonged" if it is "likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death" (CPP, s. 42(2)(a)).

(b) Contributors must also satisfy a "recency of contributions" test which, at the time the appellant applied for benefits, required contributions to have been made to the CPP in five of the last 10 years or two of the last three years of the contributory period (CPP, ss. 44(1)(b) and 44(2)(a)). The rationale is that workplace replacement income presupposes a recent attachment to a workplace the income from which is to be replaced.

An applicant has a right to a disability pension only if he or she satisfies *both* tests — permanent medical disability and recency of contribution — at the time of his or her application.

11 The disability pension provisions of the CPP recognize that contributors may not, for a variety of reasons, be able to make payments consistently.

d'appel des pensions que par la Cour d'appel fédérale.

II. Le régime législatif

Le RPC est un régime d'assurance sociale destiné aux Canadiens privés de gains en raison d'une retraite, d'une déficience ou du décès d'un conjoint ou d'un parent salarié. Il s'agit non pas d'un régime d'aide sociale, mais plutôt d'un régime contributif dans lequel le législateur a défini à la fois les avantages et les conditions d'admissibilité, y compris l'ampleur et la durée de la contribution financière d'un requérant.

La pension d'invalidité remplace le revenu du cotisant déclaré «invalidé» au sens de la Loi. Pour y avoir droit, le requérant doit remplir deux conditions prescrites par la Loi:

a) Le cotisant doit être atteint d'une «invalidité physique ou mentale grave et prolongée». Une «invalidité» est réputée «grave» si la personne est «régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice», et elle est réputée «prolongée» si elle doit «vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou [. . .] entraîner vraisemblablement le décès» (al. 42(2)a) du RPC).

b) Le cotisant doit également satisfaire au critère de la «récence des cotisations» qui, à l'époque où l'appelant a présenté une demande de prestations, exigeait que des cotisations aient été versées au RPC pendant cinq des dix dernières années ou deux des trois dernières années de la période cotisable (al. 44(1)b) et 44(2)a) du RPC). Cela est dû au fait que le remplacement d'un revenu d'emploi présuppose l'existence d'un lien récent avec un lieu de travail d'où provient le revenu à remplacer.

Le requérant n'a droit à la pension d'invalidité que s'il satisfait aux *deux* critères — l'«invalidité» permanente sur le plan médical et la récence des cotisations — au moment où il présente sa demande.

Les dispositions du RPC relatives à la pension d'invalidité reconnaissent qu'il se peut que, pour diverses raisons, le cotisant ne soit pas toujours en

Reasons for non-contribution could include everything from plant closures to lack of marketable skills to (as in this case) a disability. A measure of flexibility was created for all applicants by the fact that contributions need only have been made in five of the previous 10 years or two out of the previous three years. Anything less, in Parliament's view, falls short of the required *recent* attachment to the work force.

The impugned legislative measure (the drop-out provision) was created for two classes of persons: the permanently disabled and family allowance recipients (CPP, s. 44(2)(b)(iii) and (iv)). The drop-out provision permits certain months to be excluded from the contributory period. If a person is permanently disabled in the course of a calendar year, the months during which that person is permanently disabled are not counted against him or her in determining whether recency of CPP contribution requirements are satisfied.

It is clear the CPP draws a distinction between those in the position of the appellant and other persons with disabilities. Both groups consist of people with physical or mental impairments and a consequent degree of functional limitation that prevents them from working. The appellant agrees that the CPP is a self-funded contributory plan, not a form of welfare. He accepts that it is designed to provide substitute income for those who have a recent connection to the work force. He does not challenge the "philosophy of the [CPP] scheme", and acknowledges "that there can be some reasonable 'recency' test. That is, a scheme aiming at '[earnings] replacement' can reasonably say, as a general matter, that a person who has been out of the work force for a long time no longer has a workplace income to replace". His point is that denying him the drop-out privileges afforded to the permanently disabled demeans the importance and sense of self-worth of people with temporary disabilities. The appellant's position is that all people suffering severe disabilities are entitled to a measure of relaxation of CPP contribution require-

mesure de verser régulièrement des cotisations. Le non-versement des cotisations peut notamment découler d'une fermeture d'usine ou de l'absence des compétences recherchées ou encore, comme en l'espèce, d'une déficience. Tous les requérants bénéficient d'une certaine souplesse du fait qu'ils doivent seulement avoir versé des cotisations pendant cinq des dix années antérieures ou deux des trois années antérieures. Le législateur a estimé qu'exiger moins irait à l'encontre du critère du lien *récent* avec le marché du travail.

La mesure législative contestée (la disposition d'exclusion) vise deux catégories de personnes: les personnes atteintes d'une «invalidité» permanente et les bénéficiaires d'allocations familiales (sous-al. 44(2)b)(iii) et (iv) du RPC). La disposition d'exclusion permet d'exclure certains mois de la période cotisable. Si, au cours d'une année civile, une personne a une déficience permanente les mois pendant lesquels elle se trouve dans cet état ne jouent pas contre elle lorsque vient le temps de déterminer si les exigences relatives à la récence des cotisations au RPC ont été respectées.

Le RPC établit manifestement une distinction entre les personnes qui se trouvent dans la situation de l'appelant et les autres personnes qui ont une déficience. Les deux groupes sont formés par des gens qui sont atteints d'une affection physique ou mentale à l'origine d'une limitation fonctionnelle qui les empêche de travailler. L'appelant convient que le RPC est un régime contributif autofinancé et non pas une forme d'aide sociale. Il admet que ce régime est destiné à fournir un revenu de remplacement aux personnes qui ont un lien récent avec le marché du travail. Il ne conteste pas la [TRADUCTION] «philosophie» du RPC et reconnaît «qu'il peut y avoir un "critère de récence" raisonnable. Autrement dit, un régime visant le remplacement du revenu peut raisonnablement prévoir, de façon générale, qu'une personne qui n'est pas sur le marché du travail depuis longtemps n'a plus de revenu d'emploi à remplacer». Il prétend que lui refuser les privilèges d'exclusion dont jouissent les personnes qui ont une déficience permanente diminue l'importance et l'estime de soi des personnes dont la déficience est temporaire. L'appelant soutient

12

13

ments imposed on the more able-bodied (or at least those more consistently employed) members of the work force.

que toutes les personnes ayant une déficience grave ont droit à un certain assouplissement des exigences en matière de cotisation qui sont imposées aux travailleurs plus physiquement aptes ou, du moins, aux gens qui travaillent plus régulièrement.

14 I note at the outset that the appellant seeks an extension of the s. 15(1) principles laid down in the decided cases, which is understandable, but he does so in circumstances that provide no clear boundaries for the future. If he succeeds in having the “permanence” requirement of the CPP test rewritten, for example, will courts next be asked to dilute the CPP requirement that the disability be severe? The less severely disabled will no doubt argue that their interests are no less worthy of protection than those whose disabilities are more severe. Is the legislature then precluded from targeting the permanently disabled for special programs or services (special paratransit public bus facilities for example) without making the same services and programs available to those whose disabilities are temporary, and if so, *how* temporary would still be sufficient to qualify? The Minister responds that if line drawing is to be done, as is inevitable in a government benefits scheme, the question is not only *where* they are to be drawn, but also *who* is to draw them, the courts or Parliament? The Minister says that Parliament is the proper constitutional actor to make these policy determinations. This is true, provided Parliament’s line drawing does not violate the Constitution.

Je constate, au départ, que l’appelant demande un élargissement des principes relatifs au par. 15(1) qui ont été établis dans la jurisprudence, ce qui est compréhensible, mais il le fait d’une manière qui ne prévoit aucune limite claire pour l’avenir. S’il réussit à faire modifier l’exigence de «permanence» du critère du RPC, par exemple, va-t-on ensuite demander aux tribunaux de diluer l’exigence du RPC que la déficience soit grave? Les personnes dont la déficience est moins grave prétendront certainement que leurs droits ne sont pas moins dignes de protection que ceux des personnes qui ont une déficience plus grave. Est-il donc interdit au législateur de mettre sur pied des programmes et des services destinés aux personnes ayant une déficience permanente (comme, par exemple, des services de transport adapté par autobus), sans offrir ces mêmes programmes et services aux personnes dont la déficience est temporaire, et le cas échéant, *jusqu’à quel point* la déficience devrait-elle être temporaire pour qu’une personne puisse en bénéficier? Le Ministre répond que, s’il faut tracer la ligne, comme cela est inévitable dans un régime de prestations gouvernemental, la question est de savoir non seulement *où* la tracer, mais encore *qui* doit le faire, les tribunaux ou le législateur? Le Ministre affirme que le législateur est celui à qui, d’après la Constitution, il incombe de prendre ces décisions de politique générale. Cela est vrai à la condition que la ligne tracée par le législateur ne viole pas la Constitution.

15 The Minister’s denial of the application was based on his view that the “eligibility clock” continued to run even in years in which the appellant was for most of the year unable to work and was thus for those years a non-contributor. It is common ground that the pension was properly denied unless the legislation infringes the appellant’s

Le Ministre a refusé la demande parce que, selon lui, la période d’admissibilité a continué de s’écouler même pendant les années où l’appelant était la plupart du temps incapable de travailler et n’était donc pas un cotisant. Les parties reconnaissent que la pension a été refusée à bon droit, sauf si les dispositions législatives en cause portent

equality rights under s. 15(1) of the *Charter* and cannot be saved under s. 1.

III. Constitutional Provisions

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

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.

IV. Relevant Statutory Provisions

Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8

42. . . .

(2) For the purposes of this Act,

(a) a person shall be considered to be disabled only if he is determined in prescribed manner to have a severe and prolonged mental or physical disability, and for the purposes of this paragraph,

(i) a disability is severe only if by reason thereof the person in respect of whom the determination is made is incapable regularly of pursuing any substantially gainful occupation, and

(ii) a disability is prolonged only if it is determined in prescribed manner that the disability is likely to be long continued and of indefinite duration or is likely to result in death; and

(b) a person shall be deemed to have become or to have ceased to be disabled at such time as is determined in the prescribed manner to be the time when the person became or ceased to be, as the case may be, disabled, but in no case shall a person be deemed to have become disabled earlier than fifteen months

atteinte aux droits à l'égalité garantis à l'appelant par le par. 15(1) de la *Charte* et que, le cas échéant, elles ne peuvent pas être sauvegardées en vertu de l'article premier.

III. Les dispositions constitutionnelles

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.

IV. Les dispositions législatives pertinentes

Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8

42. . . .

(2) Pour l'application de la présente loi:

a) une personne n'est considérée comme invalide que si elle est déclarée, de la manière prescrite, atteinte d'une invalidité physique ou mentale grave et prolongée, et pour l'application du présent alinéa:

(i) une invalidité n'est grave que si elle rend la personne à laquelle se rapporte la déclaration régulièrement incapable de détenir une occupation véritablement rémunératrice,

(ii) une invalidité n'est prolongée que si elle est déclarée, de la manière prescrite, devoir vraisemblablement durer pendant une période longue, continue et indéfinie ou devoir entraîner vraisemblablement le décès;

b) une personne est réputée être devenue ou avoir cessé d'être invalide à la date qui est déterminée, de la manière prescrite, être celle où elle est devenue ou a cessé d'être, selon le cas, invalide, mais en aucun cas une personne n'est réputée être devenue invalide à une date antérieure de plus de quinze mois à la date

16

17

before the time of the making of any application in respect of which the determination is made.

de la présentation d'une demande à l'égard de laquelle la détermination a été établie.

44. (1) Subject to this Part,

44. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie:

(b) a disability pension shall be paid to a contributor . . . who is disabled and who

b) une pension d'invalidité doit être payée à un cotisant [. . .] qui est invalide et qui:

(i) has made contributions for not less than the minimum qualifying period,

(i) soit a versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité,

(ii) has made contributions for at least two of the last three calendar years included either wholly or partly within his contributory period,

(ii) soit a versé des cotisations pendant au moins deux des trois dernières années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable,

(iv) is a contributor to whom a disability pension would have been payable at the time the contributor is deemed to have become disabled had an application for a disability pension been received prior to the time the contributor's application for a disability pension was actually received;

(iv) soit est un cotisant à qui une pension d'invalidité aurait été payable au moment où il est réputé être devenu invalide, si une demande de pension d'invalidité avait été reçue avant le moment où elle a effectivement été reçue;

(2) For the purposes of paragraphs (1)(b) . . .

(2) Pour l'application des alinéas (1)b) . . .

(a) a contributor shall be considered to have made contributions for not less than the minimum qualifying period only if he has made contributions

a) un cotisant n'est réputé avoir versé des cotisations pendant au moins la période minimale d'admissibilité que s'il a versé des cotisations:

(i) for at least five of the last ten calendar years included either wholly or partly within his contributory period. . . .

(i) soit pendant au moins cinq des dix dernières années civiles entièrement ou partiellement comprises dans sa période cotisable,

(b) the contributory period of a contributor shall be the period

b) la période cotisable d'un cotisant est la période qui:

(i) commencing January 1, 1966 or when he reaches eighteen years of age, whichever is the later, and

(i) commence le 1^{er} janvier 1966 ou au moment où il atteint l'âge de dix-huit ans, en choisissant celle de ces deux dates qui est postérieure à l'autre,

(ii) ending with the month in which he is determined to have become disabled for the purpose of paragraph (1)(b),

(ii) se termine avec le mois au cours duquel il est déclaré invalide dans le cadre de l'alinéa (1)b),

but excluding

mais ne comprend pas:

(iii) any month that was excluded from the contributor's contributory period under this Act or under a provincial pension plan by reason of disability, and

(iii) un mois qui, en raison d'une invalidité, a été exclu de la période cotisable de ce cotisant conformément à la présente loi ou à un régime provincial de pensions,

(iv) in relation to any benefits payable under this Act... any month for which he was a family allowance recipient in a year for which his unadjusted pensionable earnings were equal to or less than his basic exemption for the year.

(iv) en ce qui concerne une prestation payable en application de la présente loi [. . .], un mois relativement auquel il était bénéficiaire d'une allocation familiale dans une année à l'égard de laquelle ses gains non ajustés ouvrant droit à pension étaient égaux ou inférieurs à son exemption de base pour l'année.

V. Judgments in Appeal

A. *Pension Appeals Board*

(1) Per Cameron J.A., Rice J.A. concurring

Cameron J.A. concluded that entitlement to disability benefits under the CPP is conditional on the statutory criteria being met. Here, the legislation did not impose a burden upon the appellant that is not imposed on other claimants. The criteria are the same for all groups. These criteria are not based on stereotypical views of disabled individuals, nor can they be said to be designed to exclude disabled people from participation, in his view. The years of unemployment owing to disability, combined with other years of no or little employment, resulted in the appellant not having sufficient contributions to meet the prerequisites under the Act. Mr. Granovsky was denied a pension because he had not made sufficient contributions. The reason for the lack of contributions, in Cameron J.A.'s view, is irrelevant to the CPP. The determination of the appropriate level of contributions is a matter for Parliament. For these reasons, she concluded that the contribution requirements of the disability plan do not violate s. 15(1) of the *Charter*.

(2) Per the Honourable C.R. McQuaid concurring in the result

In concurring reasons, the Honourable C.R. McQuaid expressed the view that exclusion from the contributory requirements of any years that a claimant suffered a work-related injury would discriminate against workers "who suffered from a disabling injury not directly work-related, and that even larger class who by reason of local economic

V. Les jugements portés en appel

A. *Commission d'appel des pensions*

(1) Le juge Cameron, avec l'appui du juge Rice

Le juge Cameron a conclu que le droit à des prestations d'invalidité en vertu du RPC est conditionnel au respect des critères établis par la Loi. En l'espèce, les dispositions en cause n'imposaient pas à l'appellant un fardeau qui n'est pas imposé à d'autres demandeurs. Les mêmes critères s'appliquent à tous les groupes. Selon lui, ils ne reposent pas sur une perception stéréotypée des personnes ayant une déficience, et on ne peut pas dire non plus qu'ils visent à empêcher des personnes ayant une déficience de participer au régime. Les années au cours desquelles l'appellant a cessé de travailler en raison d'une déficience, conjuguées aux autres années pendant lesquelles il n'a pas ou a peu travaillé, l'ont empêché de cotiser suffisamment pour satisfaire aux exigences préalables de la Loi. Monsieur Granovsky s'est vu refuser une pension parce qu'il n'avait pas suffisamment cotisé. Selon le juge Cameron, la raison de cette insuffisance des cotisations n'est pas pertinente aux fins du RPC. Il appartient au législateur d'établir le niveau approprié des cotisations. Pour ces motifs, elle a conclu que les exigences en matière de cotisation du régime de pension d'invalidité ne violent pas le par. 15(1) de la *Charte*.

(2) L'honorable C.R. McQuaid, souscrivant au résultat

Dans des motifs concordants, l'honorable C.R. McQuaid a exprimé l'avis que le fait de soustraire, à l'application des exigences en matière de cotisation, les années pendant lesquelles une personne souffert d'une blessure liée au travail serait discriminatoire à l'égard des travailleurs «souffrant d'une blessure invalidante non liée directement au

conditions, or industrial downsizing, are, through no fault of their own, not in receipt of earnings, and thus precluded from contributing”.

B. *Federal Court of Appeal*, [1998] 3 F.C. 175

(1) Stone J.A., Isaac C.J. concurring

20

Stone J.A. concluded that the Pension Appeals Board had erred in analysing the issue on the basis of direct discrimination rather than indirect or “adverse effect” discrimination. In a decision that pre-dated this Court’s judgment in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, he concluded at para. 11 that the contributions requirement for disability benefits in the *Canada Pension Plan* was contrary to s. 15(1) of the *Charter*:

While neutral on its face, the recency of contributions criterion in subsection 44(1) creates a distinction, in its effect, between disabled and able-bodied persons. This requirement imposes a restrictive condition on disabled persons which arises because of their disability, and which is not imposed on able-bodied persons who apply for disability benefits under the Act. Because of this distinction, disabled persons such as the applicant are denied the “equal benefit” of the law — in this case, equal access to a disability pension to which they have made valid contributions. . . . Disabled persons are thereby inhibited from participating fully in the Plan by reason of their disability.

21

Stone J.A. concluded, however, that the eligibility requirements in the CPP were justified pursuant to s. 1 of the *Charter*. He wrote at para. 18:

In my view, the government has made a reasonable attempt, given the social, economic and fiscal considerations involved, to calculate and allocate a disability benefit in the most reasonable manner. The government is

travail et même pour la catégorie plus générale des travailleurs qui, à cause des conditions économiques locales ou d’une rationalisation dans leur secteur, ne touchent pas de revenu, sans qu’ils en soient responsables, et sont donc empêchés de verser des cotisations».

B. *Cour d’appel fédérale*, [1998] 3 C.F. 175

(1) Le juge Stone, avec l’appui du juge en chef Isaac

Le juge Stone a conclu que la Commission d’appel des pensions avait commis une erreur en analysant la question sous l’angle de la discrimination directe, plutôt que sous celui de la discrimination indirecte ou «par suite d’un effet préjudiciable». Dans une décision antérieure à l’arrêt de notre Cour *Law c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, il a conclu que la condition relative aux cotisations que le *Régime de pensions du Canada* prescrit au sujet des prestations d’invalidité contrevenait au par. 15(1) de la *Charte* (au par. 11):

Bien qu’il soit neutre à première vue, le critère de la récence des cotisations énoncé au paragraphe 44(1) crée une distinction, dans les faits, entre les invalides et les personnes valides. Cette condition impose une restriction aux personnes invalides du fait de leur invalidité, condition à laquelle ne sont pas assujetties les personnes valides qui présentent une demande de prestations d’invalidité en vertu de la Loi. En raison de cette distinction, les personnes invalides, comme le requérant, sont privées du «même bénéfice» de la loi — en l’espèce, l’égalité d’accès à une pension d’invalidité en prévision de laquelle ils ont dûment versé leurs cotisations. [. . .] Les personnes invalides sont donc empêchées de participer pleinement au Régime du fait de leur invalidité.

Le juge Stone a cependant décidé que les conditions d’admissibilité du RPC étaient justifiées en vertu de l’article premier de la *Charte*. Il a écrit (au par. 18):

À mon avis, le gouvernement a fait une tentative raisonnable, compte tenu des considérations sociales, économiques et fiscales en cause, pour calculer et allouer des prestations d’invalidité de la manière la plus raisonnable possible. Le gouvernement est mieux placé que quiconque pour examiner cette question et la Cour ne

uniquely situated to examine this issue and this Court should not second-guess the action it has taken.

Stone J.A. therefore concluded that although the CPP did infringe the applicant's rights protected by s. 15(1) of the *Charter*, it was a reasonable limit that was demonstrably justified in a free and democratic society.

(2) McDonald J.A., concurring in the result

McDonald J.A. agreed with the result, but for different reasons. Unlike the majority, he was of the view that the applicant had not made a case of discrimination since "[t]he eligibility criteria are imposed on all individuals equally" (para. 36). He went on to hold that if, contrary to his view, s. 15(1) were violated, the government had *not* discharged its s. 1 onus of proving that it had impaired the applicant's right as little as possible.

VI. Constitutional Questions

On February 16, 1999, Lamer C.J. stated the following constitutional questions:

- (1) Does the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, discriminate against persons on the basis of physical or mental disability by including periods of physical or mental disability in a claimant's contributory period, as such period is determined pursuant to s. 44(2)(b) of that Act, in claims for a disability pension under that Act, contrary to s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11?
- (2) If so, does the discrimination come within only such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11?

doit pas se prononcer après coup sur les mesures qu'il a prises.

Le juge Stone a donc statué que, même si le RPC portait atteinte aux droits garantis au requérant par le par. 15(1) de la *Charte*, il s'agissait d'une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

(2) Le juge McDonald, souscrivant au résultat

Le juge McDonald était d'accord avec le résultat, mais pour des motifs différents. Contrairement aux juges majoritaires, il était d'avis que le requérant n'avait pas démontré l'existence de discrimination étant donné que «[l]es critères d'admissibilité sont appliqués également à tous» (par. 36). Il a ajouté que si, contrairement à ce qu'il pensait, il y avait eu violation du par. 15(1), le gouvernement *ne s'était pas* acquitté de l'obligation, qui lui incombait en vertu de l'article premier, de prouver qu'il avait porté le moins possible atteinte aux droits du requérant.

VI. Les questions constitutionnelles

Le 16 février 1999, le juge en chef Lamer a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

- (1) Le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, crée-t-il à l'égard de certaines personnes une discrimination fondée sur les déficiences mentales ou physiques en incluant des périodes d'invalidité mentale ou physique dans la période cotisable d'un demandeur, selon la définition de cette période à l'al. 44(2)(b) de cette loi, dans les demandes de pension d'invalidité faites en vertu de cette loi, en contravention de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11?
- (2) Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle une restriction prescrite par une règle de droit, dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique selon l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11?

22

23

24

VII. Analysis

25 The appellant says he has a serious back problem that renders him unemployable. The question is how, if at all, his medical problem becomes a human rights issue.

26 The true focus of the s. 15(1) disability analysis is not on the impairment as such, nor even any associated functional limitations, but is on the problematic response of the state to either or both of these circumstances. It is the state action that stigmatizes the impairment, or which attributes false or exaggerated importance to the functional limitations (if any), or which fails to take into account the “large remedial component” (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171) or “ameliorative purpose” of s. 15(1) (*Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, at para. 66; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 65; *Law, supra*, at para. 72), that creates the legally relevant human rights dimension to what might otherwise be a straightforward biomedical condition.

27 Some of the grounds listed in s. 15 are clearly immutable, such as ethnic origin. A disability may be, but is not necessarily, immutable, in the sense of not being subject to change. As this case shows, disabilities may be acquired in the course of life, and may grow more severe or less severe as time goes on. Disabilities are certainly not ‘immutable’ in the secondary sense of “[n]ot varying in different cases” (*New Shorter Oxford English Dictionary* (1993), vol. 1, p. 1317). Unlike gender or ethnic origin, which generally stamp each member of the class with a singular characteristic, disabilities vary in type, intensity and duration across the full range of personal physical or mental characteristics that, in the context of the CPP, prevent or “disable” an individual from working to earn the annual CPP contribution. As Sopinka J. pointed out in *Eaton, supra*, at para. 69, disability “means

VII. Analyse

L’appelant dit souffrir de graves maux de dos qui le rendent inapte au travail. La question est de savoir comment, le cas échéant, son problème médical devient une question de droits de la personne.

L’analyse de la déficience, fondée sur le par. 15(1), porte véritablement non pas sur les affections en tant que telles, ni même sur des limitations fonctionnelles connexes, mais plutôt sur la réaction problématique de l’État face à l’une ou l’autre de ces situations, ou aux deux à la fois. C’est l’action étatique qui stigmatise les affections ou qui attribue une importance erronée ou exagérée aux limitations fonctionnelles (s’il en est), ou encore qui ne tient pas compte de l’«aspect réparateur important» (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171) ou de l’«objet d’amélioration» du par. 15(1) (*Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, au par. 66; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 65; *Law, précité*, au par. 72), qui ajoute la dimension, pertinente sur le plan juridique, des droits de la personne à ce qui pourrait n’être autrement qu’une simple condition biomédicale.

Certains motifs énumérés à l’art. 15 sont nettement immuables, comme l’origine ethnique. Une déficience peut être, mais n’est pas nécessairement, immuable dans le sens de ne pas être susceptible de changement. Comme le montre la présente affaire, une déficience peut être acquise au cours de l’existence d’une personne et s’aggraver ou s’atténuer avec le temps. Aussi, une déficience n’est sûrement pas «immuable» du fait qu’elle peut varier d’un cas à l’autre. Contrairement au sexe ou à l’origine ethnique, qui marquent généralement chaque membre de la catégorie visée d’une seule caractéristique, les déficiences varient en genre, en intensité et en durée d’un bout à l’autre de toute la gamme des caractéristiques physiques ou mentales personnelles qui, dans le contexte du RPC, empêchent une personne de travailler et de verser les cotisations exigibles chaque année ou la rendent

vastly different things depending upon the individual and the context”.

A disability, unlike, for example, race or colour, may entail pertinent functional limitations. These limitations have historically provided a rationale (often unfairly) to explain and justify differential treatment of persons with disabilities. A related consideration is the variety of functions against which the limitations of a person with a disability may be measured. In the context of the CPP, the yardstick is employability. An individual may suffer severe impairments that do not prevent him or her from earning a living. Beethoven was deaf when he composed some of his most enduring works. Franklin Delano Roosevelt, limited to a wheelchair as a result of polio, was the only President of the United States to be elected four times. Terry Fox, who lost a leg to cancer, inspired Canadians in his effort to complete a coast-to-coast marathon even as he raised millions of dollars for cancer research. Professor Stephen Hawking, struck by amyotrophic lateral sclerosis and unable to communicate without assistance, has nevertheless worked with well-known brilliance as a theoretical physicist. (Indeed, with perhaps bitter irony, Professor Hawking is reported to have said that his disabilities give him more time to think.) The fact they have steady work does not, of course, mean that these individuals are necessarily free of discrimination in the workplace. Nor would anyone suggest that, measured against a yardstick other than employment (access to medical care for example), they are not persons with daunting disabilities.

The concept of disability must therefore accommodate a multiplicity of impairments, both physical and mental, overlaid on a range of functional limitations, real or perceived, interwoven with recognition that in many important aspects of life the so-called “disabled” individual may not be impaired or limited in any way at all. An appreciation of the common humanity that people with dis-

inapte à le faire. Comme l’a dit le juge Sopinka dans l’arrêt *Eaton*, précité, au par. 69, lorsqu’il s’agit de déficience, «il existe des différences énormes selon l’individu et le contexte».

Contrairement à la race ou à la couleur, par exemple, une déficience peut entraîner des limitations fonctionnelles pertinentes qui, par le passé, ont permis (souvent injustement) d’expliquer et de justifier une différence de traitement des personnes ayant une telle déficience. Un facteur connexe est le fait qu’il existe une panoplie de fonctions par rapport auxquelles les limitations d’une personne peuvent être évaluées. Dans le contexte du RPC, le critère d’évaluation est l’aptitude au travail. Une personne peut souffrir de graves affections qui ne l’empêchent pas de gagner sa vie. Beethoven était sourd lorsqu’il a composé certaines de ses plus grandes œuvres. Franklin Delano Roosevelt, confiné à un fauteuil roulant par la polio, a été le seul président américain à être élu quatre fois. Terry Fox, qui avait perdu une jambe à cause du cancer, a inspiré les Canadiens en entreprenant un marathon d’un océan à l’autre et en recueillant des millions de dollars pour la recherche sur le cancer. Le professeur Stephen Hawking, atteint de sclérose latérale amyotrophique et incapable de communiquer sans aide, s’est néanmoins brillamment illustré en tant que physicien théoricien. (Il aurait même dit, peut-être avec une ironie teintée d’amertume, que ses déficiences lui donnaient plus de temps pour réfléchir.) Il va sans dire que, même si elles ont un emploi stable, ces personnes ne sont pas nécessairement à l’abri de toute discrimination dans leur milieu de travail. Nul ne prétendrait non plus que ces personnes n’ont pas de déficience grave, si on les évalue en fonction d’un autre critère que l’emploi (celui de l’accès aux soins de santé par exemple).

La notion de déficience doit donc englober une multitude d’affections tant physiques que mentales, superposées à une gamme de limitations fonctionnelles, réelles ou perçues, tout en reconnaissant la possibilité que la personne dite «déficiante» ne souffre d’aucune affection ni d’aucune limite en ce qui a trait à de nombreux aspects importants de sa vie. La reconnaissance de l’humana-

abilities share with everyone else, and a belief that the qualities and aspirations we share are more important than our differences, are two of the driving forces of s. 15(1) equality rights.

nité que les personnes ayant une déficience ont en commun avec toutes les autres personnes, et la croyance que les qualités et les aspirations que nous partageons importent davantage que nos différences, sont deux forces qui animent les droits à l'égalité garantis par le par. 15(1).

30 The bedrock of the appellant's argument is that many of the difficulties confronting persons with disabilities in everyday life do not flow ineluctably from the individual's condition at all but are located in the problematic response of society to that condition. A proper analysis necessitates unbundling the impairment from the reaction of society to the impairment, and a recognition that much discrimination is socially constructed. See, e.g., D. Pothier, "Miles to Go: Some Personal Reflections on the Social Construction of Disability" (1992), 14 *Dalhousie L.J.* 526. Exclusion and marginalization are generally not created by the individual with disabilities but are created by the economic and social environment and, unfortunately, by the state itself. Problematic responses include, in the case of government action, legislation which discriminates *in its effect* against persons with disabilities, and thoughtless administrative oversight. The appellant says that his treatment by the CPP shows the inequality that can result when government enacts social programs with inadequate attention, at the design stage, for the true circumstances of people with disabilities.

L'argument de l'appellant repose sur le fait qu'un bon nombre des problèmes auxquels les personnes ayant une déficience font face dans leur vie quotidienne découlent non pas inévitablement de leur état, mais plutôt de la réaction problématique de la société face à cet état. Une analyse appropriée exige de distinguer l'affection dont souffre une personne de la réaction de la société face à cette affection, ainsi que de reconnaître que la discrimination résulte en bonne partie d'une construction sociale. Voir, par exemple, D. Pothier, «Miles to Go: Some Personal Reflections on the Social Construction of Disability» (1992), 14 *Dalhousie L.J.* 526. Ce n'est généralement pas la personne ayant une déficience qui est à l'origine de l'exclusion et de la marginalisation, mais plutôt l'environnement socioéconomique et, malheureusement, l'État lui-même. En matière d'actes gouvernementaux, les réactions problématiques comprennent les mesures législatives qui ont *un effet* discriminatoire sur les personnes ayant une déficience, ainsi que l'inadvertance administrative. L'appellant affirme que la façon dont le RPC le traite montre l'inégalité qui peut résulter lorsque le gouvernement établit des programmes sociaux sans tenir compte adéquatement, à l'étape de leur conception, de la situation véritable des personnes qui ont une déficience.

A. The Constitutional Aspect of Disability

A. La dimension constitutionnelle de la déficience

31 This case presents the first opportunity for the Court to consider the disability ground of s. 15(1) since rendering its decision in *Law, supra*. In that decision, Iacobucci J., speaking for a unanimous Court at para. 39, set out what he called "a synthesis" of "various articulations" of the s. 15(1) test. I propose at the outset to highlight some of the relevant themes from the Court's earlier *Charter* treatment of disability, in so far as those themes bear on the proper resolution of the present appeal, and then, in light of that earlier jurisprudence, to turn

Dans le présent pourvoi, la Cour a la possibilité d'examiner pour la première fois depuis l'arrêt *Law*, précité, le motif de la déficience énoncé au par. 15(1). Dans cet arrêt, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de notre Cour à l'unanimité au par. 39, a fait ce qu'il a appelé «une synthèse» des «différentes démarches» liées au critère du par. 15(1). Je compte, au départ, souligner certains thèmes pertinents qui se dégagent de la jurisprudence dans laquelle notre Cour a examiné la question de la déficience sous l'angle de la *Charte*,

to the application of the guidelines summarized in *Law* commencing at para. 88.

The respondent is somewhat dismissive of the appellant's physical impairment, suggesting disbelief that a severe backache could rise to the level of a constitutional challenge. The respondent argues that s. 15(1) protection

is for serious disabilities. . . Human Rights Boards and Tribunals in Canada have held that absences from work because of temporary illnesses or injuries are not ordinarily characterized as disabilities. . . .

This perspective puts too much focus on the impairment itself and not enough focus on the government's response to it. I therefore propose to discuss what at this stage appear to be circumstances that signal the enumerated ground of disability while underlining the obvious fact that the analysis will undergo further refinement in future cases as they arise.

The *Charter* is not a magic wand that can eliminate physical or mental impairments, nor is it expected to create the illusion of doing so. Nor can it alleviate or eliminate the functional limitations truly created by the impairment. What s. 15 of the *Charter* can do, and it is a role of immense importance, is address the way in which the state responds to people with disabilities. Section 15(1) ensures that governments may not, intentionally or through a failure of appropriate accommodation, stigmatize the underlying physical or mental impairment, or attribute functional limitations to the individual that the underlying physical or mental impairment does not entail, or fail to recognize the added burdens which persons with disabilities may encounter in achieving self-fulfilment in a world relentlessly oriented to the able-bodied.

dans la mesure où ces thèmes peuvent être utiles pour trancher le présent pourvoi, pour ensuite aborder, à la lumière de cette jurisprudence, l'application des lignes directrices résumées à partir du par. 88 de l'arrêt *Law*.

L'intimé prend quelque peu à la légère l'affection physique de l'appelant, ce qui donne à penser qu'il ne croit pas que de graves maux de dos peuvent justifier une attaque constitutionnelle. Il fait valoir que la protection offerte par le par. 15(1)

[TRADUCTION] vise des déficiences graves. [...] [L]es commissions et tribunaux des droits de la personne au Canada ont décidé que les absences du travail dues à des blessures ou maladies temporaires ne sont normalement pas considérées comme des déficiences. . .

Ce point de vue met trop l'accent sur l'affection elle-même et pas assez sur la réaction du gouvernement à celle-ci. Je compte donc analyser ce qui, à ce stade, paraît être des circonstances qui indiquent l'existence du motif énuméré de la déficience, tout en soulignant qu'il est évident que cette analyse sera perfectionnée dans d'autres affaires au fur et à mesure qu'elles se présenteront.

La *Charte* n'est pas une baguette magique qui permet de supprimer toute affection physique ou mentale, et on ne s'attend pas non plus à ce qu'elle donne l'illusion de le faire. Elle ne permet pas non plus d'atténuer ou de supprimer les limitations fonctionnelles qui découlent véritablement de l'affection. Toutefois, l'art. 15 de la *Charte* peut jouer un rôle très important en permettant d'aborder la manière dont l'État réagit aux gens ayant une déficience. Le paragraphe 15(1) garantit que les gouvernements ne puissent pas, intentionnellement ou en omettant de prendre les mesures d'accommodement appropriées, stigmatiser l'affection physique ou mentale sous-jacente ou attribuer à une personne des limitations fonctionnelles que cette affection physique ou mentale sous-jacente n'entraîne pas, ou encore omettre de reconnaître les difficultés supplémentaires que les personnes ayant une déficience peuvent éprouver à s'épanouir dans une société implacablement conçue pour répondre aux besoins des personnes physiquement aptes.

32

33

34

It is therefore useful to keep distinct the component of disability that may be said to be located in an individual, namely the aspects of physical or mental impairment, and functional limitation, and on the other hand the other component, namely, the socially constructed handicap that is not located in the individual at all but in the society in which the individual is obliged to go about his or her everyday tasks. This manner of differentiating among the different aspects of disabilities is elaborated upon in the medical context by the World Health Organization in the *International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps: A Manual of Classification Relating to the Consequences of Disease* (1980); restated in: *United Nations Decade of Disabled Persons, 1983-1992: World Programme of Action concerning Disabled Persons* (1983), at pp. 2-3, and in the human rights area by Professor J. E. Bickenbach, *Physical Disability and Social Policy* (1993), and Professor M. Minow, "When Difference Has Its Home; Group Homes for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Treatment of Difference" (1987), 22 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 111, at p. 124. (While the WHO, in the *medical* context, uses the word "disability" to refer to functional limitation (the second aspect), I prefer to use the expression "functional limitation" to emphasize that in *legal* terms it is all three aspects considered together that constitute the disability.)

35

I have no desire to burden with further nuances the already complicated world of equality rights, but I think that appropriate attention to the distinctions suggested by the WHO helps to bring into sharper focus the disability ground within the larger s. 15(1) framework set out in *Law, supra*.

36

Not all physical or mental impairments (first aspect) give rise to functional limitations (second aspect). This Court recently addressed a number of related employment complaints under s. 10 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, including an instance where an employer quite

Il est donc utile de maintenir une distinction entre, d'une part, la composante de la déficience qui, peut-on dire, se retrouve chez la personne elle-même, à savoir les facettes de l'affection physique ou mentale et de la limitation fonctionnelle, et d'autre part, l'autre composante qui est celle du handicap ou désavantage qui résulte d'une construction sociale et qui ne se retrouve nullement chez la personne elle-même, mais résulte plutôt de la société dans laquelle cette personne doit effectuer ses tâches quotidiennes. Cette façon de différencier les différentes facettes de la déficience est approfondie dans le contexte médical par l'Organisation mondiale de la santé dans *Classification internationale des handicaps: déficiences, incapacités et désavantages: Un manuel de classification des conséquences des maladies* (1988) (version originale anglaise publiée en 1980); repris dans *Décennie des Nations Unies pour les personnes handicapées, 1983-1992: Programme d'action mondial concernant les personnes handicapées* (1983), à la p. 3, et dans le domaine des droits de la personne, par le professeur J. E. Bickenbach dans *Physical Disability and Social Policy* (1993), et la professeure M. Minow dans «When Difference Has Its Home; Group Homes for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Treatment of Difference» (1987), 22 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 111, à la p. 124. (Bien que l'OMS utilise dans le contexte *médical*, le mot «déficience» lorsqu'elle parle de l'affection (la première facette), je préfère utiliser le mot «affection» pour faire ressortir le fait que, sur le plan *juridique*, ce sont les trois facettes qui constituent la déficience.)

Je n'ai pas l'intention d'ajouter des nuances au domaine déjà compliqué des droits à l'égalité, mais j'estime que le fait de prêter suffisamment attention aux distinctions proposées par l'OMS contribue à clarifier le motif de la déficience à l'intérieur du cadre général du par. 15(1) exposé dans l'arrêt *Law*, précité.

Les affections physiques ou mentales (la première facette) n'engendrent pas toutes des limitations fonctionnelles (la deuxième facette). Notre Cour a récemment examiné un certain nombre de plaintes connexes en matière d'emploi qui avaient été déposées en vertu de l'art. 10 de la *Charte des*

erroneously attributed to an applicant for a job as gardener-horticulturalist functional limitations which did not in fact arise from her physical condition, though the employer subsequently resiled from this position: *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montreal (City)*, [2000] 1 S.C.R. 665, 2000 SCC 27. Where functional limitations do exist, they may be so minor as to be immaterial. An individual who is slightly colour blind, for example, may not notice any functional limitations, unless he or she chooses to undertake employment where an ability to differentiate colours precisely is important, a home decorator for example, or a commercial airline pilot. In other cases, technology has eliminated any functional limitation that would otherwise exist, as in the case of the short-sighted individual who wears corrective eyeglasses. Does a person whose physical impairment continues but whose functional limitations have been eliminated continue to be a person with disabilities? The United States Supreme Court takes the view that such individuals cease to be disabled for the purpose of the *Americans with Disabilities Act*; see *Sutton v. United Airlines, Inc.*, 119 S.Ct. 2139 (1999). The same result would not necessarily follow under our jurisprudence, as discussed below.

Equally, the third aspect (the socially constructed handicap) may wrongly attribute exaggerated or unjustified consequences to whatever functional limitations in fact exist. A government inclination to write people off because of their impairment justifies scrutiny even if the impairment has resulted in very real functional limitations. The consequences the government attaches to such functional limitations may overshoot (or undershoot) the mark. The officials at the Brant Board of Education who undertook the difficult task of evaluating the learning potential of 12-year-old Emily Eaton, as described in *Eaton, supra*, must have been all too aware that another individual, similarly wheelchair bound with

droits et libertés de la personne du Québec. Il était question notamment d'une affaire où un employeur avait eu complètement tort d'attribuer à une candidate à un emploi de jardinière horticultrice des limitations fonctionnelles que son état physique n'engendrait pas en fait, quoique l'employeur ait changé d'idée par la suite: *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)*, [2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27. Lorsque des limitations fonctionnelles existent vraiment, elles peuvent être mineures au point de n'avoir aucune importance. Par exemple, il se peut qu'une personne légèrement daltonienne n'éprouve aucune limitation fonctionnelle dans la mesure où elle ne choisit pas un emploi pour lequel l'aptitude à distinguer exactement les couleurs est importante, comme celui de décorateur d'intérieur ou de pilote de ligne commerciale. Dans d'autres cas comme celui des personnes myopes qui portent des verres correcteurs, la technologie a supprimé toute limitation fonctionnelle qui existerait par ailleurs. Une personne dont l'affection physique persiste mais dont les limitations fonctionnelles ont été éliminées continue-t-elle d'être une personne ayant une déficience? La Cour suprême des États-Unis est d'avis que ces personnes cessent d'avoir une déficience au sens de l'*Americans with Disabilities Act*; voir *Sutton c. United Airlines, Inc.*, 119 S.Ct. 2139 (1999). Notre jurisprudence ne permettrait pas nécessairement d'arriver au même résultat, comme nous le verrons plus loin.

De même, la troisième facette (le handicap ou désavantage résultant d'une construction sociale) peut attribuer à tort des conséquences exagérées ou injustifiées à toute limitation fonctionnelle réelle. Le fait qu'un gouvernement soit enclin à exclure des personnes en raison de l'affection dont elles souffrent justifie un examen même dans le cas où cette affection entraîne une limitation fonctionnelle bien réelle. Les conséquences que le gouvernement associe à une telle limitation fonctionnelle peuvent être exagérées (ou encore sous-estimées). Les membres du Conseil scolaire du comté de Brant qui, comme le décrit l'arrêt *Eaton*, précité, ont entrepris la tâche difficile d'évaluer la capacité d'apprentissage d'une enfant de 12 ans, Emily

reduced communication capacity, turned out to be Professor Stephen Hawking. To say that the state has an obligation not to exaggerate the functional limitations caused by serious disabilities is not to underestimate the difficulty of making the assessment.

Eaton, ne devaient pas ignorer qu'une autre personne, qui utilisait également un fauteuil roulant et éprouvait des difficultés à communiquer, s'est révélée être le professeur Stephen Hawking. Affirmer que l'État ne doit pas exagérer les limitations fonctionnelles découlant d'une déficience grave ne revient pas à sous-estimer la difficulté de procéder à l'évaluation.

38 Equally problematically, there are instances where society passes directly from the first aspect (physical or mental impairment) to the third aspect (imposition of a disadvantage or handicap) without going through the intermediate consideration of evaluating the true functional limitations, if any. An individual with a serious facial disfigurement, for example, or a person who is diagnosed with leprosy, may not have, and may never have, any relevant functional limitations, but may nevertheless suffer discrimination on account of the condition.

Il y a le cas tout aussi problématique où la société passe directement de la première facette (l'affection physique ou mentale) à la troisième (l'imposition d'un désavantage ou handicap) sans prendre le temps d'évaluer la véritable limitation fonctionnelle, s'il en est. Par exemple, il se peut qu'une personne gravement défigurée ou atteinte de la lèpre ne souffre jamais d'une limitation fonctionnelle pertinente, mais qu'elle soit néanmoins victime de discrimination en raison de son état.

39 In summary, while the notions of impairment and functional limitation (real or perceived) are important considerations in the disability analysis, the primary focus is on the inappropriate legislative or administrative response (or lack thereof) of the state. Section 15(1) is ultimately concerned with human rights and discriminatory treatment, not with biomedical conditions.

En résumé, bien que les notions d'affection et de limitation fonctionnelle (réelle ou perçue) soient des facteurs importants dans l'analyse de la déficience, l'accent est mis avant tout sur la réaction législative ou administrative inadéquate (ou l'absence de réaction) de l'État. Le paragraphe 15(1) porte en fin de compte sur les droits de la personne et le traitement discriminatoire, et non pas sur des conditions biomédicales.

40 The different elements or aspects of the disability analysis are relevant to human rights legislation as well as to *Charter* scrutiny. In fact, two recent employment cases before this Court further illustrate these relationships. In *British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights)*, [1999] 3 S.C.R. 868 (referred to as "*Grismer Estate*"), the appellant, whose eyesight was impaired by a stroke, was assumed by the provincial Superintendent of Motor Vehicles, without individual testing, to have a sufficient level of functional limitation to disqualify him from holding a driver's licence. The Court held him to be entitled to an individual test to determine whether the attributed limitation did in fact exist. On the other hand, in *British Columbia (Public Service Employee Relations Commis-*

Les différentes composantes ou facettes de l'analyse de la déficience sont pertinentes tant aux fins d'un examen fondé sur une loi relative aux droits de la personne qu'aux fins d'un examen fondé sur la *Charte*. En fait, deux pourvois en matière d'emploi dont notre Cour a été saisie récemment illustrent davantage ces liens. Dans l'arrêt *Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)*, [1999] 3 R.C.S. 868 (appelé l'affaire de la «*succession Grismer*»), le surintendant des véhicules automobiles avait *présumé*, sans procéder à une évaluation individuelle, que l'appelant, dont la vision s'était détériorée à la suite d'un accident cérébrovasculaire, souffrait d'une limitation fonctionnelle suffisante pour qu'il lui soit interdit de détenir un permis de conduire. La Cour

sion) v. BCGSEU, [1999] 3 S.C.R. 3, a woman firefighter named Tawney Meiorin failed a series of strenuous physical endurance tests, thus exhibiting a physical limitation broadly related to her gender, but succeeded in her complaint by showing that the standards themselves had never actually been related to the demands of firefighting. The standards merely tracked the aerobic performance of male firefighters. While not a case of disability as such, the *Meiorin* case illustrates a situation where a personal characteristic enumerated in s. 15 (gender) is shown to be related to a more limited aerobic capacity (functional limitation) but this is then wrongly converted into a state-imposed job handicap which was no less objectionable because it was misconceived rather than intentionally discriminatory. The “problem” did not lie with the female applicant, but with the state’s substitution of a male norm in place of what the appellant was entitled to, namely a fair-minded gender-neutral job analysis. A parallel view would be urged in cases where the functional limitation is related to a disability.

B. *The Guidelines Developed in Law v. Canada*

In *Law, supra*, the Court suggested that a s. 15 analysis proceed on the basis of “three broad inquiries” as follows (at para. 39):

First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant’s already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and

a conclu que l’appelant avait droit à une évaluation individuelle visant à déterminer si la limitation qu’on lui prêtait était réelle. Par ailleurs, dans l’arrêt *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3, une pompière s’appelant Tawney Meiorin, qui avait échoué à une série de tests intenses d’endurance physique et ainsi démontré une limitation physique largement liée à son sexe, a eu gain de cause en démontrant que les normes applicables n’avaient jamais vraiment été liées aux exigences de la lutte contre les incendies. Ces normes ne servaient qu’à évaluer la capacité aérobique des hommes exerçant la fonction de pompier. Même s’il ne s’agit pas d’un cas de déficience, l’affaire *Meiorin* fournit un exemple de situation où il est démontré qu’une caractéristique personnelle énumérée à l’art. 15 (le sexe) est associée à une capacité aérobique moindre (limitation fonctionnelle), et est ensuite transformée erronément par l’État en un handicap relatif à l’emploi. Cette entrave créée par l’État n’est pas moins répréhensible du fait qu’elle est mal conçue plutôt qu’intentionnellement discriminatoire. Ce n’était pas la candidate qui causait un «problème», mais l’application par l’État d’une norme masculine au lieu de ce à quoi l’appelante avait droit, à savoir une analyse d’emploi équitable qui n’établit aucune distinction fondée sur le sexe. L’adoption d’un point de vue analogue est préconisée dans les affaires où la limitation fonctionnelle est liée à une déficience.

B. *Les lignes directrices établies dans l’arrêt Law c. Canada*

Dans l’arrêt *Law*, précité, notre Cour a indiqué que l’analyse fondée sur l’art. 15 reposait sur les «trois grandes questions» suivantes (au par. 39):

Premièrement, la loi contestée a) établit-elle une distinction formelle entre le demandeur et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles, ou b) omet-elle de tenir compte de la situation défavorisée dans laquelle le demandeur se trouve déjà dans la société canadienne, créant ainsi une différence de traitement réelle entre celui-ci et d’autres personnes en raison d’une ou de plusieurs caractéristiques personnelles? Si tel est le cas, il y a différence de traitement aux fins du par. 15(1). Deuxièmement, le demandeur

analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1). [Emphasis in original.]

a-t-il subi un traitement différent en raison d'un ou de plusieurs des motifs énumérés ou des motifs analogues? Et, troisièmement, la différence de traitement était-elle réellement discriminatoire, faisant ainsi intervenir l'objet du par. 15(1) de la *Charte* pour remédier à des fléaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique? Les deuxième et troisième questions servent à déterminer si la différence de traitement constitue de la discrimination réelle au sens du par. 15(1). [Souligné dans l'original.]

42 I therefore proceed to make these three broad inquiries into the disability claim presented by the appellant.

Je me pose donc ces trois grandes questions relativement à l'allégation de déficience de l'appellant.

(1) Differential Treatment

(1) La différence de traitement

43 The first step is to determine whether the CPP disability provision draws a distinction, based on one or more personal characteristics, between the appellant and some other person or group to whom he may properly be compared, resulting in unequal treatment. The Pension Appeals Board concluded that the CPP set out objective criteria which applied equally and without distinction to every applicant. This is true in the sense that the same set of criteria was applied to all contributors. Such criteria, however, drew an explicit distinction between people with permanent disabilities and all other contributors, and subjected the groups to different treatment. Moreover, the *effects* were very different depending on the status of a person's disabilities during the contribution period. As Stone J.A. pointed out in the Federal Court of Appeal, "[w]hat the recency of contributions requirement fails to take into account is that disabled persons may not be able to make contributions for the minimum qualifying period in subsection 44(1), because they are physically unable to work" (para. 11). The CPP contribution requirements, which on their face applied the same set of rules to all contributors, operated unequally in their effect on persons who want to work but whose disabilities prevent them from working.

La première étape consiste à déterminer si la disposition du RPC relative à la déficience crée une inégalité de traitement en établissant une distinction, fondée sur une ou plusieurs caractéristiques personnelles, entre l'appellant et une autre personne ou un autre groupe à qui on peut le comparer à juste titre. La Commission d'appel des pensions a conclu que le RPC établissait des critères objectifs qui s'appliquaient uniformément et sans distinction à chaque requérant. Cela est vrai en ce sens que les mêmes critères étaient appliqués à tous les cotisants. Toutefois, ces critères établissaient expressément une distinction entre les gens ayant une déficience permanente et les autres cotisants, et traitaient ces groupes différemment. De plus, leurs *effets* variaient énormément selon le degré de déficience des personnes au cours de la période cotisable. Comme le juge Stone de la Cour d'appel fédérale l'a fait remarquer, «[l]a condition relative à la récence des cotisations ne tient pas compte du fait que les personnes invalides ne sont peut-être pas en mesure de verser des cotisations pendant la période minimale d'admissibilité prévue au paragraphe 44(1), parce qu'en fait elles sont physiquement incapables de travailler» (par. 11). Les exigences en matière de cotisation du RPC, qui, à première vue, appliquaient les mêmes règles à tous les cotisants, avaient un effet différent sur les personnes qui veulent travailler mais qui ne peuvent pas le faire en raison d'une déficience.

44 Parliament has recognized this problem in two ways: in part by dropping out the years of perma-

Le législateur a reconnu l'existence de ce problème de deux manières: d'une part, en excluant

ment disability in its assessment of an applicant's contribution history, and in part by relaxing the contribution requirement to five years out of 10 (or two years out of three), thus recognizing that an individual may not have an uninterrupted contribution record for reasons outside their control, including temporary disability. The appellant argues that the 5/10 year or the 2/3 year rules are irrelevant because they apply to everybody, whereas his particular reason for non-contribution is the object of *Charter* protection. He says that because of his severe back problems he too, just as much as the permanently disabled, could not maintain the contribution level expected from able-bodied workers. In short, the CPP both in its design and in its effect creates a distinction, based on disability, between the appellant and more able-bodied members of the work force. Moreover, the CPP draws a further distinction between people like the appellant who were temporarily disabled from participating in the work force during the contribution period and persons with permanent disabilities who were excluded from the work force altogether during all or a part of that period of time.

(a) *The Comparative Approach*

The identification of the group in relation to which the appellant can properly claim "unequal treatment" is crucial. The Court established at the outset of its equality jurisprudence in *Andrews, supra*, that claims of distinction and discrimination could only be evaluated "by comparison with the conditions of others in the social and political setting in which the question arises" (p. 164). See also *Law, supra*, at para. 24:

This comparison determines whether the s. 15(1) claimant may be said to experience differential treatment, which is the first step in determining whether there is discriminatory inequality for the purpose of s. 15(1).

de son évaluation de l'historique des cotisations d'un requérant les années pendant lesquelles il avait eu une déficience permanente, et d'autre part, en réduisant l'exigence de cotisation à cinq ans sur dix (ou à deux ans sur trois) et en reconnaissant ainsi qu'il se peut qu'une personne n'ait pas cotisé de façon ininterrompue pour des raisons indépendantes de sa volonté, dont la déficience temporaire. L'appellant prétend que les règles du cinq ans sur dix et du deux ans sur trois ne sont pas pertinentes car elles s'appliquent à tous, tandis que la raison de sa propre omission de verser des cotisations fait l'objet d'une protection offerte par la *Charte*. Il dit qu'à l'instar des personnes ayant une déficience permanente, il n'avait pas pu, en raison de ses graves maux de dos, maintenir le niveau de cotisations prévu pour les travailleurs physiquement aptes. Bref, tant sur le plan de sa conception que sur celui de son effet, le RPC établit une distinction fondée sur une déficience entre l'appellant et les personnes plus physiquement aptes qui sont sur le marché du travail. De plus, le RPC établit une autre distinction entre les gens qui, comme l'appellant, ont été tenus à l'écart du marché du travail pendant la période cotisable par une déficience temporaire, et les gens qui ont été tenus complètement à l'écart du marché du travail pendant une partie ou l'ensemble de cette période par une déficience permanente.

a) *La méthode comparative*

L'identification du groupe auquel l'appellant peut se comparer pour alléguer qu'il y a eu «inégalité de traitement» est cruciale. Dès l'arrêt *Andrews*, précité, qui est le premier qu'elle a rendu en matière d'égalité, la Cour a statué que les allégations de distinction et de discrimination ne pouvaient être évaluées que «par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée» (p. 164). Voir également l'arrêt *Law*, précité, au par. 24:

Cette comparaison permet de déterminer si la personne qui invoque le par. 15(1) subit une différence de traitement, ce qui constitue la première étape de la détermination de la présence d'inégalité discriminatoire aux fins de ce paragraphe.

46 The appellant contends that he ought to be compared to an ordinary member of the work force who was able-bodied during the contribution period because the appellant was being required to satisfy the level of contribution expected of an ordinary member of the work force with insufficient regard for periods of temporary disability. However, while a s. 15 complainant is given considerable scope to identify the appropriate group for comparison, “the claimant’s characterization of the comparison may not always be sufficient. It may be that the differential treatment is not between the groups identified by the claimant, but rather between other groups” (*Law, supra*, at para. 58).

47 Such identification has to bear an appropriate relationship between the group selected for comparison and the benefit that constitutes the subject matter of the complaint. As was pointed out in *Law, supra*, at para. 57:

Both the purpose and the effect of the legislation must be considered in determining the appropriate comparison group or groups.

48 The purpose of the drop-out provision is to facilitate access of people with permanent disabilities to a CPP disability pension. It does so by employing the same criteria (“severe” and “prolonged”) as the criteria used for the disability pension itself. I do not suggest that faithful correspondence between the benefit in issue and the purpose of the larger plan necessarily avoids the claim of discrimination, because the discrimination may lie in the purpose or effects of the larger plan, as discussed by McLachlin J., as she then was, in *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566, at para. 46 *et seq.* Here, however, the appellant does not take the position that the disability pension itself is discriminatory within the meaning of s. 15.

49 An able-bodied worker who makes more or less regular CPP contributions then suffers a permanent disability will be a paid-up CPP contributor within the 5/10 year or 2/3 year rule and thus will have no need (by reason of the disability) to resort to the

L’appelant prétend que sa situation devrait être comparée à celle d’un travailleur ordinaire qui était physiquement apte pendant la période cotisable, du fait qu’il était tenu de verser les mêmes cotisations sans qu’il ne soit suffisamment tenu compte des périodes de déficience temporaire. Toutefois, bien que l’auteur d’une plainte fondée sur l’art. 15 jouisse d’une latitude considérable pour identifier le groupe de comparaison approprié, «il se peut que la qualification de la comparaison par le demandeur ne soit pas suffisante. La différence de traitement peut ne pas s’effectuer entre les groupes cernés par le demandeur, mais plutôt entre d’autres groupes» (*Law*, précité, au par. 58).

Une telle identification requiert un lien adéquat entre le groupe de comparaison choisi et l’avantage qui constitue l’objet de la plainte. Comme il a été souligné dans l’arrêt *Law*, précité, au par. 57:

Il faut examiner à la fois l’objet et l’effet des dispositions pour faire ressortir le groupe ou les groupes de comparaison appropriés.

La disposition d’exclusion a pour objet de faciliter l’accès de personnes ayant une déficience permanente à une pension d’invalidité du RPC. Elle le fait au moyen des mêmes critères («grave» et «prolongée») que ceux qui sont utilisés pour la pension d’invalidité elle-même. Je ne laisse pas entendre que la correspondance exacte entre l’avantage en cause et l’objet du régime général permet nécessairement d’éviter l’allégation de discrimination, vu que la discrimination peut résider dans l’objet ou les effets du régime général, comme l’a fait remarquer le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dans l’arrêt *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566, aux par. 46 et suiv. En l’espèce, toutefois, l’appelant ne prétend pas que la pension d’invalidité est elle-même discriminatoire au sens de l’art. 15.

Un travailleur physiquement apte qui cotise plus ou moins régulièrement au RPC et qui est atteint par la suite d’une déficience permanente sera considéré comme quelqu’un qui a versé toutes ses cotisations en vertu de la règle du cinq ans sur dix

drop-out provision. He or she neither comes within the purpose of the drop-out provision, nor is disadvantaged by its effects.

The people who do benefit from the drop-out provision are those who not only demonstrate a permanent disability at the date of application, but also who possessed the permanent disability during the contribution period, or so much of it as they seek to drop out of the CPP calculation. Thus the permanently disabled are the people whose drop-out benefit the appellant seeks to share, and who in my view constitute the proper comparator group.

The intervener, the Council of Canadians with Disabilities says that because in 1993 the appellant was suffering a severe and permanent disability, the better *Charter* argument is that Parliament improperly drew a line at the date of the application within the same group of people all of whom at that time suffered the same level of disadvantage. The drop-out provision, however, relates to the health status in each of the 10 years prior to the 1993 application, which was the relevant contribution period, at which time the appellant enjoyed a health advantage.

I therefore conclude that the appellant has established a denial of equal benefit of the law under the first step of the equality analysis. He was denied a disability pension because he could not bring himself within the drop-out provision made available to applicants who suffered from severe and permanent disabilities during the contribution years in question. The CPP failed to recognize the barrier posed by his temporary disability. His objection, basically, is that the drop-out provision is underinclusive. However, the relevant group with which he can claim "unequal treatment" is the body of CPP contributors who suffered a severe and permanent disability in the years of their respective contribution histories and who therefore did benefit from the drop-out provision to which the

ou du deux ans sur trois, et n'aura donc pas besoin (en raison de sa déficience) de recourir à la disposition d'exclusion. Il n'est pas visé par la disposition d'exclusion et n'est pas non plus défavorisé par les effets de cette disposition.

Les gens qui bénéficient de la disposition d'exclusion sont non seulement ceux qui démontrent l'existence d'une déficience permanente à la date de la demande, mais encore ceux qui avaient une déficience permanente pendant la période cotisable, ou pendant la partie de cette période qu'ils demandent d'exclure du calcul du RPC. Les gens qui ont une déficience permanente sont donc ceux qui bénéficient de la disposition d'exclusion dont l'appellant veut se prévaloir et qui, à mon avis, constituent le groupe de comparaison approprié.

L'intervenant, le Conseil des Canadiens avec déficiences, dit qu'étant donné que l'appellant avait une déficience grave et permanente en 1993, le meilleur argument fondé sur la *Charte* est que le législateur a eu tort de tracer une ligne à la date de la demande au sein du groupe de personnes qui subissaient le même désavantage à cette époque. Or, la disposition d'exclusion concerne l'état de santé au cours de chacune des 10 années qui ont précédé la demande faite en 1993 et qui correspondent à la période cotisable pendant laquelle l'appellant jouissait d'un avantage sur le plan de la santé.

Je conclus donc que l'appellant a démontré qu'on lui a refusé le même bénéfice de la loi, dans le cadre de la première étape de l'analyse de l'égalité. On lui a refusé une pension d'invalidité parce qu'il ne pouvait pas relever de la disposition d'exclusion dont pouvaient se prévaloir les requérants qui avaient une déficience grave et permanente pendant les années cotisables en cause. Le RPC n'a pas reconnu l'obstacle que constituait la déficience temporaire de l'appellant. L'appellant prétend essentiellement que la disposition d'exclusion a une portée trop restreinte. Cependant, le groupe pertinent auquel il peut se comparer pour alléguer qu'il y a eu «inégalité de traitement» est celui des cotisants au RPC qui avaient une déficience grave et permanente au cours des années comprises dans leurs historiques des cotisations respectifs et qui ont donc bénéficié de la disposition d'exclusion

50

51

52

appellant claims entitlement on the basis of his equality rights.

(2) Is the Impugned Distinction Based on an Enumerated or Analogous Ground?

53

The drop-out provision makes a legislative distinction entirely on the basis of the existence and duration of the disability that rendered the applicant unemployed. Classification on the basis of disability is subject to scrutiny, and the appellant thus satisfies the “second broad inquiry” identified in *Law, supra*. I should add that even though *temporary* disability is not, by definition, immutable in the sense of unchangeable, it is clearly a characteristic that is unchangeable for its duration, and entirely outside the control of the individual thus burdened.

(3) Does the Financial Disadvantage Suffered by the Appellant Under Section 44(2)(b)(iii) of the CPP Amount to Discrimination Under Section 15 of the Charter?

54

Classification on the basis of disability is not necessarily disadvantageous. Here, for those who qualify, it results in a CPP disability pension. The appellant’s application was refused but this denial, even on grounds related to disability, is not enough to produce a s. 15(1) infringement. The appellant must also show that the failure of the CPP to take into account that his contribution history was at least in part the product of his temporary disability engages the purpose of s. 15(1) of the *Charter*. The appellant must go beyond a “formalistic or mechanical approach” (*Law, supra*, para. 88), and address the ultimate issue which, citing *Law* at para. 99, may be formulated as follows:

Does the law, in purpose or effect, conform to a society in which all persons enjoy equal recognition as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect, and consideration? Does the law, in purpose or effect, perpetuate the view that [persons with temporary disabilities] are less capable or less worthy of recognition or

dont l’appellant prétend pouvoir se prévaloir en raison de ses droits à l’égalité.

(2) La distinction contestée est-elle fondée sur un motif énuméré ou analogue?

La disposition d’exclusion établit une distinction fondée entièrement sur l’existence et la durée de la déficience qui a empêché le requérant de travailler. La classification fondée sur la déficience est susceptible d’examen, de sorte que l’appellant satisfait au critère de la «deuxième grande question» décrit dans l’arrêt *Law*, précité. Je dois ajouter que même si, par définition, la déficience *temporaire* n’est pas immuable au sens de ne pas pouvoir changer, elle constitue manifestement une caractéristique dont la durée ne peut pas être changée et qui est totalement indépendante de la volonté de la personne qui en souffre.

(3) Le désavantage financier subi par l’appellant en raison de l’application du sous-alinéa 44(2)(b)(iii) du RPC constitue-t-il de la discrimination au sens de l’article 15 de la Charte?

La classification fondée sur la déficience n’est pas nécessairement désavantageuse. En l’espèce, ceux qui y sont admissibles ont droit à une pension d’invalidité du RPC. La demande de l’appellant a été refusée, mais, même s’il repose sur des motifs liés à la déficience, ce refus n’est pas suffisant pour qu’il y ait violation du par. 15(1). L’appellant doit également démontrer que l’omission du RPC de tenir compte du fait que son historique de cotisations s’expliquait, du moins en partie, par sa déficience temporaire met en cause l’objet du par. 15(1) de la *Charte*. L’appellant doit aller au-delà d’une «démarche formaliste ou automatique» (*Law*, précité, au par. 88), et aborder la question fondamentale qui, pour citer l’arrêt *Law*, au par. 99, peut être formulée comme suit:

L’objet et l’effet de la loi sont-ils compatibles avec une société dans laquelle tous sont également reconnus en tant qu’être humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération? L’objet et l’effet de la loi perpétuent-ils l’opinion que [les gens qui ont une déficience temporaire] sont moins capables, ou

value as human beings or as members of Canadian society?

In this connection, the appellant particularly invokes the “ameliorative purpose” of s. 15, calling in aid the need for accommodation emphasized in *Eaton, supra*, at para. 67:

... it is the failure to make reasonable accommodation, to fine-tune society so that its structures and assumptions do not result in the relegation and banishment of disabled persons from participation, which results in discrimination against them. . . . It is recognition of the actual characteristics, and reasonable accommodation of these characteristics which is the central purpose of s. 15(1) in relation to disability.

The concept of “human dignity” has been present in s. 15 since the beginning, as is chronicled by Iacobucci J. in *Law, supra*, at paras. 40 to 65. Indeed it was emphasized by the then Prime Minister Trudeau in his advocacy of an entrenched Charter, when he wrote:

The very adoption of a constitutional charter is in keeping with the purest liberalism, according to which all members of a civil society enjoy certain fundamental, inalienable rights and cannot be deprived of them by any collectivity (state or government) or on behalf of any collectivity (*nation*, ethnic group, religious group, or other). To use Maritain’s phrase, they are “human personalities,” they are beings of a moral order — that is, free and equal among themselves, each having absolute dignity and infinite value. As such, they transcend the accidents of place and time, and partake in the essence of universal Humanity. They are therefore not coercible by any ancestral tradition, being vassals neither of their race, nor to their religion, nor to their condition of birth, nor to their collective history. [Italics in original; underlining added.]

(Ron Graham, ed., *The Essential Trudeau* (1998), at p. 80.)

I underline the words “free and equal among themselves, each having absolute dignity and infinite value”. While the Court has made it clear that it is not bound by the various interpretations of *Charter* provisions offered by individuals

moins dignes d’être reconnus ou valorisés en tant qu’êtres humains ou que membres de la société canadienne?

À cet égard, l’appelant invoque notamment l’«objet d’amélioration» de l’art. 15, tout en s’appuyant sur le besoin d’accommodement souligné dans l’arrêt *Eaton*, précité, au par. 67:

C’est [...] l’omission de fournir des moyens raisonnables et d’apporter à la société les modifications qui feront en sorte que ses structures et les actions prises n’entraînent pas la relégation et la non-participation des personnes handicapées qui engendre une discrimination à leur égard. [...] C’est la reconnaissance des caractéristiques réelles, et l’adaptation raisonnable à celles-ci, qui constitue l’objectif principal du par. 15(1) en ce qui a trait à la déficience.

La notion de «dignité humaine» sous-tend l’art. 15 depuis le début, comme l’a relaté le juge Iacobucci dans l’arrêt *Law*, précité, aux par. 40 à 65. En fait, l’ancien premier ministre Trudeau a insisté sur ce point dans son plaidoyer en faveur de l’adoption d’une charte constitutionnelle:

L’adoption même d’une charte constitutionnelle s’inscrit dans la ligne la plus pure de l’humanisme libéral: tous les membres de la société civile jouissent de certains droits fondamentaux inaliénables, et ils ne peuvent en être privés par aucune collectivité (État, Gouvernement) ni au nom d’aucune collectivité (*nation*, ethnie, religion ou autre). Ce sont des «humaines personnalités» (Maritain), des êtres qui relèvent de l’ordre moral, c’est-à-dire libres et égaux entre eux, chacun ayant une dignité absolue et une valeur infinie. En tant que tels ils transcendent les accidents de lieu et de temps et rejoignent en quelque sorte l’humanité universelle. Ils ne sont donc contraignables par aucune tradition ancestrale, n’étant esclaves ni de leur race, ni de leur religion, ni de leur condition de naissance, ni de leur histoire collective. [En italique dans l’original; je souligne.]

(P. E. Trudeau avec la collaboration de Ron Graham, *Trudeau: l’essentiel de sa pensée politique* (1998), à la p. 90.)

Je souligne les mots «libres et égaux entre eux, chacun ayant une dignité absolue et une valeur infinie». Bien que notre Cour ait indiqué clairement qu’elle n’est pas liée par les différentes interprétations de la *Charte* que des gens, «si distingués

55

56

57

“however distinguished” in the drafting process (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 508), nevertheless it is worth noting that with the decision in *Law*, *supra*, which endeavoured to unify the strands of almost 15 years of judicial interpretation, the concept of human dignity has been confirmed to have the centrality in the interpretation of s. 15 that the framers intended. Iacobucci J. stated in *Law*, *supra*, at para. 51 that

differential treatment will not likely constitute discrimination within the purpose of s. 15(1) where it does not violate the human dignity or freedom of a person or group in this way

and stated again, at para. 42 where he cited with approval the test advanced by McIntyre J. in *Andrews*, *supra*, at p. 171, that:

The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings, equally deserving of concern, respect and consideration.

L'Heureux-Dubé J. restated the test in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 39, as follows:

A person or group of persons has been discriminated against within the meaning of s. 15 of the *Charter* when members of that group have been made to feel, by virtue of the impugned legislative distinction, that they are less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration.

soient-ils», ont proposées au cours du processus de rédaction (voir *Renvoi: B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 508), il est néanmoins utile de souligner qu'avec l'arrêt *Law*, précité, dans lequel on s'est efforcé d'unifier les résultats de près de 15 années d'interprétation judiciaire, le caractère central que les rédacteurs voulaient que la notion de dignité humaine ait en matière d'interprétation de l'art. 15 a été confirmé. Dans l'arrêt *Law*, précité, au par. 51, le juge Iacobucci a affirmé que

une différence de traitement ne constituera vraisemblablement pas de la discrimination au sens du par. 15(1) si elle ne viole pas la dignité humaine ou la liberté d'une personne ou d'un groupe de cette façon

de même qu'au par. 42, où il a cité avec approbation le critère proposé par le juge McIntyre dans *Andrews*, précité, à la p. 171, selon lequel:

Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération.

Le juge L'Heureux-Dubé a reformulé ce critère de la façon suivante, dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 39:

Une personne ou un groupe de personnes est victime de discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte* si, du fait de la distinction législative contestée, les membres de ce groupe ont l'impression d'être moins capables ou de moins mériter d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération.

58

The question therefore is not just whether the appellant has suffered the deprivation of a financial benefit, which he has, but whether the deprivation promotes the view that persons with temporary disabilities are “less capable, or less worthy of recognition or value as human beings or as members of Canadian society, equally deserving of concern, respect, and consideration” (emphasis added). In *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, McLachlin J. noted, at para. 132, that “distinctions made on enumerated or analogous grounds may

La question n'est donc pas seulement de savoir si l'appelant a été privé d'un avantage financier, ce qui est le cas, mais plutôt de savoir si cette privation favorise l'opinion que les individus souffrant d'une déficience temporaire sont «moins capables ou [. . .] moins [dignes] d'être reconnus ou valorisés en tant qu'êtres humains ou en tant que membres de la société canadienne qui méritent le même intérêt, le même respect et la même considération» (je souligne). Dans l'arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, le juge McLachlin a souligné,

prove to be, upon examination, non-discriminatory”.

(a) *The Contextual Factors*

(i) Pre-existing Disadvantage

In *Law, supra*, Iacobucci J. emphasized the importance of approaching the third stage of the s. 15 analysis by considering a range of contextual factors. (Although *Law* also dealt with the CPP, the benefit at issue in that case was a widow’s survivor pension, which raises a quite different context than the disability pension provisions at issue here.) Context is important. As Marshall J. said, dissenting in part, in *Cleburne v. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985), at pp. 468-69, “[a] sign that says ‘men only’ looks very different on a bathroom door than a courthouse door”.

Relevant contextual factors include any pre-existing disadvantage, stereotyping or vulnerability of the claimant. These factors, though not determinative, do not favour the appellant. While no one who has suffered back pain would be dismissive of the appellant’s condition, most of the population can probably be qualified as having experienced some form of “temporary” disability in the course of their work at one time or other. The ranks of the temporarily disabled may have little in common except some degree of impairment or physical limitation of shorter or longer duration, and unless more precisely circumscribed, the group is really not comparable to others that have attracted s. 15 protection. Nor does the appellant complain about stereotyping. His objection is that while the CPP may be based on a true assessment of the “individual’s merits and capacities” (*Andrews, supra*, at p. 175), the provision is “too stinting” to pass muster under the *Charter*.

au par. 132, que «des distinctions fondées sur des motifs énumérés ou des motifs analogues peuvent, à l’examen, se révéler non discriminatoires».

a) *Les facteurs contextuels*

(i) Le désavantage préexistant

Dans l’arrêt *Law*, précité, le juge Iacobucci a souligné l’importance d’aborder la troisième étape de l’analyse fondée sur l’art. 15 en examinant une gamme de facteurs contextuels. (Même si l’arrêt *Law* portait également sur le RPC, l’avantage en cause dans cette affaire était une pension de conjoint survivant et le contexte y était fort différent de celui qui entoure les dispositions relatives à la pension d’invalidité qui sont en cause en l’espèce.) Le contexte est important. Comme le juge Marshall, dissident en partie, l’a dit dans *Cleburne c. Cleburne Living Centre, Inc.*, 473 U.S. 432 (1985), aux pp. 468 et 469, [TRADUCTION] «[l]’effet d’une affiche indiquant “Hommes seulement” diffère considérablement selon qu’elle se trouve sur la porte d’une salle de toilettes ou sur celle d’un palais de justice».

Les facteurs contextuels pertinents comprennent tout désavantage préexistant et toute vulnérabilité du demandeur, ainsi que tout stéréotype dont il peut être victime. Bien qu’ils ne soient pas déterminants, ces facteurs ne favorisent pas l’appelant. Même si aucune personne ayant souffert de maux de dos ne prendrait à la légère l’état de l’appelant, la plupart des gens peuvent probablement être considérés comme ayant déjà souffert d’une certaine forme de déficience «temporaire» dans l’exercice de leurs fonctions. Il se peut que les personnes ayant une déficience temporaire aient peu de choses en commun, si ce n’est certaines affections ou limitations fonctionnelles d’une durée plus ou moins longue et, à moins que ce groupe ne soit mieux circonscrit, il ne peut pas vraiment être comparé aux autres groupes qui bénéficient de la protection de l’art. 15. L’appelant ne se plaint pas non plus d’être victime de stéréotypes. Il prétend que, même si le RPC est fondé sur une évaluation véritable des «mérites et capacités d’un individu» (*Andrews*, précité, à la p. 175), la disposition en cause est [TRADUCTION] «trop restrictive» pour résister à l’examen fondé sur la *Charte*.

59

60

(ii) Relationship Between Grounds and the Claimant's Characteristics or Circumstances

61

A second contextual issue is the relationship between the ground (i.e., disability) and the nature of the differential treatment. Iacobucci J., in *Law, supra*, at para. 69, refers to *Eaton, supra*, and *Eldridge, supra*, as establishing that “avoidance of discrimination will frequently require that distinctions be made to take into account the actual personal characteristics of disabled persons”. The mere fact that the legislation does not completely ignore the circumstances of the claimant is not a complete answer to the claim, as pointed out in *Law*, at para. 70:

This is not to say that the mere fact of impugned legislation's having to some degree taken into account the actual situation of persons like the claimant will be sufficient to defeat a s. 15(1) claim. The focus must always remain upon the central question of whether, viewed from the perspective of the claimant, the differential treatment imposed by the legislation has the effect of violating human dignity. The fact that the impugned legislation may achieve a valid social purpose for one group of individuals cannot function to deny an equality claim where the effects of the legislation upon another person or group conflict with the purpose of the s. 15(1) guarantee.

Here the CPP is preoccupied with the plight of the CPP contributors who suffer a “severe and prolonged mental or physical disability”. The drop-out provision is framed to be consistent with the entitlement to the disability pension itself and focuses on the “actual personal characteristics of disabled persons” (*Law, supra*, at para. 69). Both the pension entitlement and the drop-out provision target a specific group of CPP contributors whose needs and circumstances correspond precisely to the purpose of the legislation. There is no such exact fit (or correspondence) between the drop-out provision and the appellant who experienced only bouts of *temporary* disability from time to time during the contribution period.

(ii) Les rapports entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur

La deuxième question contextuelle est le rapport entre le motif de discrimination (c'est-à-dire, la déficience) et la nature de la différence de traitement. Dans l'arrêt *Law*, précité, au par. 69, le juge Iacobucci mentionne que les arrêts *Eaton* et *Eldridge*, précités, établissent que «pour éviter la discrimination fondée sur ce motif, il faudra souvent établir des distinctions en fonction des caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée». Le simple fait que la mesure législative en cause ne fait pas totalement abstraction de la situation personnelle du demandeur ne répond pas entièrement à l'allégation, comme il a été souligné dans l'arrêt *Law*, au par. 70:

Cela ne veut pas dire que le simple fait que la mesure législative contestée prend en compte dans une certaine mesure la situation véritable de personnes telles que le demandeur sera suffisant pour faire échouer une demande présentée en vertu du par. 15(1). L'accent doit toujours être mis sur la question centrale de savoir si, dans la perspective du demandeur, la différence de traitement imposée par la mesure a pour effet de violer la dignité humaine. Le fait que la mesure contestée est susceptible de contribuer à la réalisation d'un but social valide pour un groupe de personnes ne peut pas être utilisé pour rejeter une demande fondée sur le droit à l'égalité lorsque les effets de la mesure sur une autre personne ou un autre groupe entrent en conflit avec l'objet de la garantie prévue au par. 15(1).

En l'espèce, le RPC se préoccupe de la situation des cotisants au RPC qui sont atteints d'une «invalidité physique ou mentale grave et prolongée». La disposition d'exclusion est conçue de manière à respecter le droit à la pension d'invalidité elle-même et met l'accent sur les «caractéristiques personnelles de chaque personne handicapée» (*Law*, précité, au par. 69). Le droit à la pension et la disposition d'exclusion visent tous les deux un groupe particulier de cotisants au RPC dont les besoins et la situation correspondent exactement à l'objet de la mesure législative. Cette concordance (ou correspondance) exacte n'existe pas entre la disposition d'exclusion et l'appelant qui n'a connu que des périodes de déficience *temporaire* sporadiques pendant la période cotisable.

The alignment of the drop-out exception with the legislative purpose of the CPP disability pension distinguishes this case from the situation in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493. In that case, the ameliorative purpose of the *Individual's Rights Protection Act* was not advanced by the exclusion of sexual orientation. Indeed, the exclusion defeated aspects of the stated legislative purpose of a comprehensive human rights code to promote a society "where each and every man and woman will be able to stand on his own two feet and be recognized as an individual and not as a member of a particular class" (Cory J., at para. 2, quoting the Alberta *Hansard*). Here there is no such contradiction between the impugned measure and the laudable legislative purpose.

In the relevant years prior to 1993, the appellant was not permanently disabled, and the CPP targeted the drop-out provision at those who were, i.e., whose greater need at the time corresponded to the purpose of creating the statutory benefit in the first place. Moreover, the CPP took into account the "actual personal characteristics" of temporary non-contributors, including the temporarily disabled, by permitting a sporadic contribution history under the 5/10 years or 2/3 years rule. The fact this accommodation applied to individuals who failed to make their CPP contributions for reasons (e.g., plant closures) totally unrelated to the *Charter*, as well as to people like the appellant with *Charter* arguments, does not diminish the fact that an accommodation was made.

The appellant's argument depends upon the correctness of his choice of able-bodied workers as the comparator group. He says, "The appellant Granovsky wishes to make it clear that his submission is that he is relying on a comparison between temporary disabled persons and able-bodied persons. The fact that some adjustment has been made for 'permanently disabled' persons is not the gra-

La concordance de la disposition d'exclusion avec l'objet de la pension d'invalidité du RPC distingue la présente affaire de la situation qui existait dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493. Dans ce dernier cas, la réalisation de l'objet d'amélioration de l'*Individual's Rights Protection Act* n'était pas favorisée par l'exclusion de l'orientation sexuelle. En fait, l'exclusion allait à l'encontre de certaines facettes de l'objet explicite d'un code complet des droits de la personne visant à promouvoir une société «où [...] chacun, homme ou femme, pourra affirmer son autonomie et être reconnu en tant qu'individu et non en tant que membre d'une catégorie particulière» (le juge Cory, au par. 2, citant le *Hansard* de l'Alberta). En l'espèce, il n'y a pas de telle contradiction entre la disposition contestée et l'objet louable de la loi en cause.

Au cours des années pertinentes ayant précédé 1993, l'appelant n'avait pas de déficience permanente et le RPC limitait l'application de la disposition d'exclusion à ceux qui avaient une déficience permanente, c'est-à-dire à ceux dont les besoins plus grands à l'époque concordaient avec l'objet même de la création de l'avantage prévu par la Loi. De plus, le RPC tenait compte des «caractéristiques personnelles» des non-cotisants temporaires, y compris des personnes qui avaient une déficience temporaire, en permettant un historique de cotisations sporadiques selon les règles du cinq ans sur dix et du deux ans sur trois. Le fait que cet accommodement s'appliquait aux personnes qui n'avaient pas cotisé au RPC pour des raisons qui n'avaient absolument rien à voir avec la *Charte* (par exemple, la fermeture d'une usine), de même qu'aux gens qui, comme l'appelant, disposaient d'arguments fondés sur la *Charte*, n'enlève rien au fait qu'un accommodement était consenti.

La validité de l'argument de l'appelant dépend de la justesse de son choix des travailleurs physiquement aptes en tant que groupe de comparaison. Il dit: [TRADUCTION] «L'appelant Granovsky souhaite indiquer clairement que son argument repose sur une comparaison entre les personnes qui ont une déficience temporaire et celles qui sont physiquement aptes. Le fait que des ajustements aient

62

63

64

vamen of Mr. Granovsky's complaint." If, as I believe, he has picked the wrong comparator group, the rest of his analysis collapses under the weight of an erroneous premise.

(iii) Ameliorative Purpose or Effect

65 A third related contextual factor is the ameliorative purpose or effect of the impugned law on other groups in society. As M. D. Lepofsky has justly observed:

Most of our mainstream institutions, laws, organizations, buildings, telecommunication systems, schools and universities, public policy initiatives, job descriptions, transit services and other facilities are designed and operated on the unarticulated, erroneous and unfair premise that only persons without disabilities could, would or should participate in or use them.

(“A Report Card on the *Charter*'s Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years — What Progress? What Prospects?” (1998), 7 *N.J.C.L.* 263, at p. 270.)

66 In this sense, s. 15(1) recognizes the legitimate desire of persons with disabilities to join in the everyday world taken for granted by the rest of the population. Equality has to do with “similarities that transcend as well as differences that endure”: Minow, *supra*, at p. 124.

67 In this case, however, the group whose situation Parliament sought to ameliorate is the more disadvantaged group of the permanently disabled. As the Court held in *Law*, in terms applicable to the present appeal, at para. 72:

An ameliorative purpose or effect which accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter* will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the differ-

été effectués pour les personnes qui ont une “déficience permanente” n’est pas l’élément essentiel de la plainte de M. Granovsky.» Si, comme je le crois, il a choisi le mauvais groupe de comparaison, le reste de son analyse s’effondre sous le poids d’une prémisse erronée.

(iii) L’objet ou l’effet d’amélioration

Un troisième facteur contextuel connexe est l’objet ou l’effet d’amélioration de la mesure législative contestée en ce qui concerne d’autres groupes sociaux. Comme l’a fait remarquer à juste titre M. D. Lepofsky:

[TRADUCTION] De par leur conception et leur fonctionnement, la plupart des institutions, des lois, des organisations, des édifices, des systèmes de télécommunication, des écoles et des universités, des institutions d’intérêt public, des énoncés de fonctions, des services de transport en commun et des autres installations et services mis à la disposition de l’ensemble des citoyens partent de l’hypothèse tacite, erronée et injuste que seules les personnes qui n’ont aucune déficience pourront, vont ou devront y participer ou les utiliser, selon le cas.

(«A Report Card on the *Charter*'s Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years — What Progress? What Prospects?» (1998), 7 *N.J.C.L.* 263, à la p. 270.)

En ce sens, le par. 15(1) reconnaît la volonté légitime des personnes qui ont une déficience de participer à la vie quotidienne qui va de soi pour le reste de la population. L’égalité concerne [TRADUCTION] «les similitudes qui transcendent et les différences qui restent»: Minow, *loc. cit.*, à la p. 124.

En l’espèce, toutefois, le groupe dont le législateur a voulu améliorer la situation est celui, plus défavorisé, des personnes ayant une déficience permanente. Comme notre Cour l’a conclu, en des termes applicables en l’espèce, au par. 72 de l’arrêt *Law*:

Un objet ou un effet apportant une amélioration qui est compatible avec l’objet du par. 15(1) de la *Charte* ne violera vraisemblablement pas la dignité humaine de personnes plus favorisées si l’exclusion de ces personnes concorde largement avec les besoins plus grands

ent circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation. [Emphasis added.]

I do not suggest that s. 15 claims can properly be decided by pitting groups of disadvantaged people against each other to determine who is *more* disadvantaged. The fact the CPP drop-out provision “corresponds to the greater need or the different circumstances” of the permanently disabled is, however, a relevant contextual factor.

(iv) Nature of the Interest Affected

A further contextual factor is the nature and scope of the interest represented by the impugned law. Persons with disabilities have been the target of a variety of legislative responses through the years. In an earlier era, laws were imposed to protect society against the presumed impact of impairments. Thus people with mental disabilities were classified as “lunatics” and precluded from exercising a number of civil rights, including voting. A later generation of laws tried to ameliorate the financial effect of a disabled person’s functional limitations with the solace of financial benefits, as in the comprehensive legislation passed to assist disabled war veterans. The more recent wave of legislative activity, including the provincial human rights legislation, seeks to improve the legal position of individuals with disabilities to counteract socially constructed handicaps, as La Forest J. noted in *Eldridge, supra*, at para. 56:

... disabled persons have not generally been afforded the “equal concern, respect and consideration” that s. 15(1) of the *Charter* demands. Instead, they have been subjected to paternalistic attitudes of pity and charity, and their entrance into the social mainstream has been conditional upon their emulation of able-bodied norms.

Here the “interest” represented by the impugned law is the drop-out provision which, if applied,

ou la situation différente du groupe défavorisé visé par les dispositions législatives. [Je souligne.]

Je ne laisse pas entendre qu’une allégation fondée sur l’art. 15 peut être tranchée adéquatement en opposant des groupes de personnes défavorisées les uns aux autres pour déterminer lequel est *plus* défavorisé. Le fait que la disposition d’exclusion du RPC «concorde [...] avec les besoins plus grands ou la situation différente» des personnes ayant une déficience permanente constitue cependant un facteur contextuel pertinent.

(iv) La nature de l’intérêt touché

Un autre facteur contextuel est la nature et la portée de l’intérêt représenté par la mesure législative contestée. Les personnes ayant une déficience ont fait l’objet de diverses mesures législatives au fil des ans. À une autre époque, des lois protégeaient la société contre l’effet présumé des déficiences. Ainsi, les gens souffrant d’une déficience mentale étaient considérés comme des «aliénés» et ne pouvaient pas exercer bon nombre de droits civils, dont le droit de vote. Une génération ultérieure de mesures législatives a tenté d’atténuer l’effet sur le plan financier des limitations fonctionnelles des personnes ayant une déficience en leur conférant des avantages pécuniaires, comme l’illustre la mesure législative complète adoptée pour aider les anciens combattants invalides. La vague plus récente de mesures législatives, dont les lois provinciales en matière de droits de la personne, vise à améliorer la situation juridique des personnes ayant une déficience afin de remédier aux handicaps résultant d’une construction sociale, comme le juge La Forest l’a souligné dans l’arrêt *Eldridge*, précité, au par. 56:

... les personnes handicapées n’ont généralement pas obtenu [TRADUCTION] «l’égalité de respect, de déférence et de considération» que commande le par. 15(1) de la *Charte*. Au lieu de cela, elles ont fait l’objet d’attitudes paternalistes inspirées par la pitié et la charité, et leur intégration à l’ensemble de la société a été assujettie à leur émulation des normes applicables aux personnes physiquement aptes.

En l’espèce, l’«intérêt» représenté par la mesure législative contestée est la disposition d’exclusion

might open the door to a disability pension. The appellant is entitled to have taken into consideration the actual impact on him of the denial of that financial benefit. (He says he will be thrown onto the welfare rolls.) While Parliament was not required to create the CPP benefit scheme in the first place, having decided to do so, it must not confer benefits in a discriminatory manner contrary to s. 15(1). Thus, in *Vriend, supra*, when the Alberta legislature set out to create a comprehensive human rights code, its decision to exclude sexual orientation from the prohibited grounds of discrimination was held to be unconstitutionally underinclusive. Here, in contrast, the design of the CPP contribution rules, and in particular Parliament's delineation of the drop-out provision, are directed to a narrow class of persons seeking a narrowly restricted benefit. In *Vriend*, the underinclusion was designed to reinforce the rejection of gays and lesbians as individuals equally deserving of respect. No such lack of respect or loss of dignity is manifested in the CPP drop-out provision, which is simply tailored to correspond to the requirements of the pension benefit itself, none of which are challenged by the appellant. In these circumstances, in my opinion, the appellant fails to show that viewed from the perspective of the hypothetical "reasonable" individual who shares the appellant's attributes and who is dispassionate and fully apprised of the relevant circumstances (*Egan, supra*, at para. 56; *Law, supra*, at para. 60), his dignity or legitimate aspirations to human self-fulfilment have been engaged.

70

In other words, the appellant has not demonstrated a convincing human rights dimension to his complaint. Assuming he can show an impairment and significant functional limitations, he fails to show that the government's response through the design of the CPP or its application demeans persons with temporary disabilities, or casts any doubt on their worthiness as human beings.

qui, si elle était appliquée, pourrait ouvrir droit à une pension d'invalidité. L'appelant a droit à ce qu'on tienne compte de l'effet réel sur lui du refus de lui accorder cet avantage pécuniaire. (Il dit qu'il en sera réduit à l'aide sociale.) Même si le législateur n'était pas tenu de créer le régime d'avantages du RPC, étant donné qu'il a décidé de le faire, il ne doit pas conférer des avantages d'une manière discriminatoire, contrairement au par. 15(1). Ainsi, dans l'arrêt *Vriend*, précité, lorsque la législature de l'Alberta avait entrepris d'adopter un code complet des droits de la personne, on a jugé que sa décision d'exclure l'orientation sexuelle des motifs de discrimination illicites avait une portée trop limitative contraire à la Constitution. Par contre, la façon dont les règles de cotisation au RPC ont été conçues en l'espèce et, en particulier, la délimitation par le législateur de la disposition d'exclusion visent une catégorie limitée de personnes qui sollicitent un avantage très restreint. Dans l'arrêt *Vriend*, la portée trop limitative visait à renforcer le rejet des gais et lesbiennes en tant que personnes également dignes de respect. Un tel manque de respect ou une telle perte de dignité ne se dégage pas de la disposition d'exclusion, qui est conçue simplement de manière à concorder avec les exigences de la prestation de retraite elle-même, dont aucune n'est contestée par l'appelant. Dans ces circonstances, j'estime que l'appelant n'a pas démontré que, du point de vue de la personne «raisonnable» hypothétique qui est dotée d'attributs semblables à ceux de l'appelant et qui est objective et bien informée des circonstances pertinentes (*Egan*, précité, au par. 56; *Law*, précité, au par. 60), sa dignité ou ses aspirations légitimes à un l'épanouissement personnel étaient en cause.

En d'autres termes, l'appelant n'a pas démontré de manière convaincante que sa plainte avait une dimension liée aux droits de la personne. En supposant qu'il peut prouver l'existence d'une affection et de limitations fonctionnelles importantes, il n'établit pas que la réaction du gouvernement, sur les plans de la conception et de l'application du RPC, rabaisse les personnes qui ont une déficience temporaire et jette un doute sur leur valeur en tant qu'êtres humains.

(b) *Disability Jurisprudence*

The appellant contends that his claim is fully consistent with the principles laid down in this Court's jurisprudence and refers in his factum to *Eldridge, supra* (factum paras. 27, 37, 38 and 94), and to *Eaton, supra* (factum paras. 38 and 94). He also cites *Gibbs, supra* (factum para. 42), and the dissenting judgment of Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 (factum paras. 35 and 37), on all of which he relies. While the prior case law is rightly presented as supportive of people with disabilities, I think with respect that the prior decisions do not support this particular claim, for reasons that I will endeavour to outline briefly.

(i) *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241

The *Eaton* case involved the disputed school placement of a 12-year-old girl with cerebral palsy. The Board of Education had placed Emily in a "special education class". Emily's parents wanted her to remain in the ordinary education stream. There is no doubt that Emily suffered severe impairment. The cerebral palsy had caused considerable brain damage (the impairment) resulting in an inability to communicate except in the most basic terms, her lack of control over her body which required that she use a wheelchair, and a number of loosely identified learning disabilities (the functional limitation). In terms of the third aspect (the handicap), Emily argued that the School Board's response exacerbated her isolation, undermined her progress toward integration and self-fulfilment, and thus attacked the core purpose of her s. 15(1) equality rights. It was established that her classroom behaviour — "the increasing incidents of crying, sleeping and vocalization" (Sopinka J., at para. 19) — undoubtedly created some disruption for the "mainstream" children around her and raised a serious potential issue as to whether the special educational placement was for Emily's benefit or for the presumed benefit of her mainstream classmates. The Court therefore examined whether the criteria (which on their face

b) *La jurisprudence en matière de déficience*

L'appelant prétend que sa demande est entièrement compatible avec les principes établis dans la jurisprudence de notre Cour et renvoie, dans son mémoire, à l'arrêt *Eldridge*, précité (par. 27, 37, 38 et 94 du mémoire), et à l'arrêt *Eaton*, précité (par. 38 et 94 du mémoire). Il cite également, en les invoquant, l'arrêt *Gibbs*, précité (par. 42 du mémoire), et les motifs dissidents du juge en chef Lamer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (par. 35 et 37 du mémoire). Bien que la jurisprudence soit présentée à juste titre comme étant favorable aux personnes qui ont une déficience, je crois, en toute déférence, qu'elle n'appuie pas la présente demande, pour les motifs que je vais tenter d'exposer brièvement.

(i) *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241

Dans l'affaire *Eaton*, on contestait le placement en milieu scolaire d'une fillette de 12 ans atteinte de paralysie cérébrale. Le conseil scolaire avait placé Emily dans une «classe pour élèves en difficulté». Les parents de la fillette voulaient qu'elle demeure dans une classe ordinaire. Il n'y a aucun doute qu'Emily souffrait d'une affection grave. La paralysie cérébrale lui avait causé des dommages considérables au cerveau (l'affection), ce qui avait entraîné une incapacité de communiquer sauf de façon très rudimentaire, la non-maîtrise de son corps qui la confinait à un fauteuil roulant ainsi qu'un certain nombre de difficultés d'apprentissage vaguement identifiées (la limitation fonctionnelle). En ce qui a trait à la troisième facette (le handicap), Emily a fait valoir que la mesure prise par le conseil scolaire accentuait son isolement, compromettait son intégration et son épanouissement personnel et portait donc atteinte à l'objet même de ses droits à l'égalité garantis par le par. 15(1). Il a été établi que son comportement en classe — «ses pleurs, ses périodes de sommeil et de cris de plus en plus fréquents» (le juge Sopinka, au par. 19) — dérangeait manifestement ses camarades de classe «ordinaire», de sorte qu'on pouvait sérieusement se demander si le placement dans une classe pour élèves en difficulté était à l'avantage

were directed solicitously to her education needs) were in fact discriminatory in that they exaggerated the benefits of segregation and minimized the benefits to Emily that would flow from her inclusion in the educational mainstream.

d'Emily ou à l'avantage présumé de ses camarades de classe ordinaire. La Cour s'est donc demandé si les critères (visant de prime abord à répondre avec sollicitude aux besoins d'Emily en matière d'éducation) étaient, en réalité, discriminatoires du fait qu'ils accentuaient les avantages de la ségrégation et minimisaient les avantages que tirerait Emily de son intégration à une classe ordinaire.

73

While this Court refused to read into s. 15 a *presumption* in favour of inclusion in the mainstream (on the basis that inclusion might be contrary to the best interest of a person with severe disabilities because the application of the presumption might compel a bad placement in some cases), Sopinka J. nevertheless clearly stated that, viewed in human rights terms, “[i]ntegration [of Emily in the mainstream environment] was the preferred accommodation” (para. 68). Reference might be made here to the similar sentiment of Marshall J., dissenting in part, in *Cleburne*, *supra*, at p. 461, that exclusion “deprives the [disabled] of much of what makes for human freedom and fulfillment — the ability to form bonds and take part in the life of a community”.

Bien que notre Cour ait refusé de considérer que l'art. 15 établit une *présomption* en faveur de l'intégration à une classe ordinaire (parce que l'intégration pourrait être contraire à l'intérêt d'une personne qui a une déficience grave, étant donné que l'application de la présomption pourrait mener dans certains cas à un mauvais placement), le juge Sopinka a néanmoins affirmé clairement que, du point de vue des droits de la personne, «[l']intégration [d'Emily dans le milieu scolaire normal] est le moyen qui a été privilégié» (par. 68). On pourrait également se reporter ici au fait que le juge Marshall, dissident en partie, dans *Cleburne*, précité, à la p. 461, avait le sentiment similaire que l'exclusion [TRADUCTION] «prive la [personne ayant une déficience] d'une grande partie de ce qui contribue à la liberté de l'être humain et à son épanouissement, à savoir la possibilité d'établir des liens et de prendre part à la vie collective».

74

Emily's claim of discrimination was defeated on the facts. The Board's local placement committee, in a decision upheld after a 21-day hearing by the province's Special Education Tribunal, had fairly (in the Court's view) determined that integration had had “the counterproductive effect of *isolating* her, of segregating her in the *theoretically* integrated setting” (para. 72 (emphasis added)). Walls do not a prison make and inclusion in a mainstream classroom is not necessarily a liberating or self-fulfilling experience. The Court could find no evidence that the School Board had adopted an insensitive or self-serving response to Emily's condition, or that the criteria used in placing Emily in a special education program failed to take into account the desirability of integrating disabled students into mainstream education. On the contrary, the process had put the focus on substantive equality, not merely formal equality. McIntyre J. in

L'allégation de discrimination d'Emily a été rejetée à la lumière des faits. Dans une décision confirmée après 21 jours d'audience devant le tribunal de l'enfance en difficulté de la province, le comité local de placement du conseil scolaire a conclu à juste titre (selon la Cour) que l'intégration avait eu [TRADUCTION] «l'effet contraire de l'*isoler*, de la mettre à part dans le cadre *en principe* intégré» (par. 72 (les italiques sont de moi)). Les murs ne font pas la prison, et l'intégration à une classe ordinaire n'a pas nécessairement un effet libérateur ou épanouissant. La Cour n'a constaté aucune preuve que le conseil scolaire avait pris la mesure dans son propre intérêt ou sans tenir compte de la situation d'Emily, ou que les critères appliqués pour placer Emily dans une classe pour élèves en difficulté faisaient fi du caractère souhaitable de l'intégration des élèves ayant une déficience aux classes ordinaires. Au contraire, l'ac-

Andrews, supra, counselled, at p. 169: “[the] accommodation of differences . . . is the essence of true equality” (quoted by Sopinka J. at para. 66). A reading of the decision as a whole makes it clear, I think, that Emily’s claim might have succeeded if the appellent Board had wrongly attributed to Emily functional limitations which she did not in fact possess, or if the Court had been persuaded that the Board’s response to the challenge posed by Emily’s placement had itself violated Emily’s dignity as a human being equally deserving of consideration, or placed discriminatory obstacles in the way of her self-fulfilment. In short, Emily Eaton’s claim failed for some of the same principled reasons that, in my view, require rejection of the appellent’s s. 15(1) claims in this case.

(ii) *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519

The appellent relies on the dissenting reasons of Lamer C.J. In that case, the appellent had established a physical impairment (amyotrophic lateral sclerosis (ALS), widely known as Lou Gehrig’s disease) which produced such severe loss of muscular control (functional limitation) that she expected to be unable to commit suicide without assistance when her life inevitably deteriorated to the point of utter intolerability. She claimed that criminalizing the act of assisting her suicide imposed an indignity related entirely to her physical disability and thereby violated her s. 15 rights (the state-imposed handicap). Whereas people without disabilities could, if they wished, commit suicide unassisted, she because of her disability could not do so, and was thus differentially impacted by the legal prohibition on suicide assistance. Lamer C.J. recognized that the legal handicap was not the inevitable product of the disease, but a consequence imposed by society through s. 241(b) of the *Criminal Code*. Leaving aside the fact that the other members of the Court declined to characterize the issue raised by Sue Rodriguez as a s. 15(1) issue, the analysis of the Chief Justice is of no help to the appellent because Sue

cent avait été mis sur l’égalité réelle et non simplement sur l’égalité formelle. Comme l’a recommandé le juge McIntyre dans *Andrews*, précité, à la p. 169: «le respect des différences [. . .] est l’essence d’une véritable égalité» (cité par le juge Sopinka, au par. 66). À mon avis, il ressort de l’ensemble de la décision qu’Emily aurait pu avoir gain de cause si le conseil scolaire appellent lui avait attribué à tort des limitations fonctionnelles dont elle ne souffrait pas ou si la Cour avait été convaincue que la réaction du conseil scolaire au défi que posait le placement d’Emily avait elle-même porté atteinte à la dignité d’Emily en tant qu’être humain également digne de considération, ou avait érigé des obstacles discriminatoires à son épanouissement personnel. Bref, l’allégation d’Emily Eaton a échoué pour certaines des mêmes raisons de principe qui, à mon avis, commandent le rejet, en l’espèce, des allégations de l’appellent fondées sur le par. 15(1).

(ii) *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519

L’appellent invoque les motifs dissidents du juge en chef Lamer. Dans cette affaire, l’appelante avait démontré l’existence d’une affection physique (la sclérose latérale amyotrophique (SLA), généralement connue sous le nom de maladie de Lou Gehrig) qui entraînait une perte de contrôle musculaire (limitation fonctionnelle) si grave qu’elle s’attendait à être incapable de mettre fin à ses jours sans assistance lorsque sa qualité de vie serait détériorée au point d’être totalement insupportable. Elle a prétendu que la criminalisation de l’acte consistant à l’aider à se suicider constituait un affront lié entièrement à sa déficience physique et portait donc atteinte aux droits que lui garantissait l’art. 15 (le handicap imposé par l’État). Une différence de traitement découlait de l’interdiction légale de l’aide au suicide, car une personne ne souffrant d’aucune déficience était en mesure, si elle le souhaitait, de mettre fin à ses jours sans assistance, alors que l’appelante n’était pas en mesure de le faire en raison de sa déficience. Le juge en chef Lamer a reconnu que le handicap légal était non pas une conséquence inéluctable de la maladie, mais une conséquence imposée par la société au moyen de l’al. 241b) du *Code criminel*.

Rodriguez, like Emily Eaton, was comparing her situation to that of able-bodied people, and a breach of s. 15(1) was found by the Chief Justice on that basis. In this case, as stated, the proper comparator is the class of persons who suffer from severe and permanent disabilities.

(iii) *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566

76

The *Gibbs* case, like the present appeal, involved a claim of discriminatory exclusion from disability benefits. Unlike the present appeal, *Gibbs* was not a *Charter* case. It did, however, proceed on a comparable analysis. An employer provided a medical insurance plan under which any employee unable to work by reason of physical or mental disability received replacement income. The benefit terminated after two years in the case of persons suffering a mental disability (unless the applicant was institutionalized), whereas persons suffering a physical disability continued to receive the income benefit indefinitely. The Court held that this income replacement benefit discriminated against persons with a mental disability. The appeal turned on whether the employer's health plan, which on the face of it made the same insurance available to all employees without discrimination, was nevertheless discriminatory in its design. Scrutiny of the design was required because otherwise, the employer (or, in the present appeal, the state) could escape the charge of discrimination by pointing out that the plaintiff, for whatever reason, simply fell outside the targeted group. Sopinka J., for the majority, recognized this danger, and upheld the complaint on the basis that persons with mental disabilities were treated in comparable circumstances less favourably than persons with other health disabilities. The proper comparison was not between the respondents and

Outre le fait que les autres juges de la Cour ont refusé de qualifier de question relative au par. 15(1) la question soulevée par Sue Rodriguez, l'analyse du Juge en chef n'est d'aucune utilité à l'appelant, car Sue Rodriguez, à l'instar d'Emily Eaton, comparait sa situation à celle d'une personne physiquement apte, et le Juge en chef a conclu à une violation du par. 15(1) sur ce fondement. Comme nous l'avons vu, le groupe de comparaison approprié en l'espèce est la catégorie des personnes ayant une déficience grave et permanente.

(iii) *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566

Tout comme en l'espèce, il était allégué, dans l'affaire *Gibbs*, que l'inadmissibilité à des prestations d'«invalidité» était discriminatoire. À la différence du présent pourvoi, la *Charte* n'était pas invoquée dans cette affaire. La Cour y a toutefois procédé à une analyse comparable. Suivant le régime d'assurance de soins médicaux offert par l'employeur, l'employé incapable de travailler en raison d'une déficience physique ou mentale touchait une indemnité de remplacement du revenu. Celle-ci cessait d'être versée au bout de deux ans dans les cas de déficience mentale (sauf si la personne était internée), tandis qu'une personne ayant une déficience physique continuait de toucher l'indemnité indéfiniment. La Cour a conclu que cette indemnité de remplacement du revenu était discriminatoire envers les personnes qui avaient une déficience mentale. Il s'agissait de savoir si le régime de soins médicaux de l'employeur, qui, à première vue, offrait la même police d'assurance à tous les employés sans distinction, était néanmoins discriminatoire sur le plan de sa conception. L'examen de la façon dont le régime était conçu s'imposait, sinon l'employeur (ou, en l'espèce, l'État) pouvait échapper à une accusation de discrimination en faisant valoir que le demandeur, pour une raison ou une autre, n'appartenait tout simplement pas au groupe ciblé. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Sopinka a reconnu ce danger et a fait droit à la plainte pour le motif que les personnes ayant une déficience mentale étaient traitées, dans des circonstances comparables, moins favorablement que les personnes ayant une autre forme de déficience. La comparaison devait être

the able-bodied employees, but between two classes of disabled persons.

The appellant relies on the *Gibbs* analysis for his proposition that here, as in *Gibbs*, a distinction has wrongly been made between different disabilities. The difference, however, is that in *Gibbs* the health plan stigmatized people with mental disabilities as being less worthy of benefits than those with physical handicaps, whereas here, there is no stigma in being treated as “better off” where in fact that is the reality of the appellant’s medical history.

(iv) *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624

In the *Eldridge* case, the three appellants were born deaf, and their hearing impairment led to the functional limitation that without sign language interpreters they could not communicate effectively with their doctors and other health care providers. Lack of effective communication diminished the health care benefits and increased the risk of misdiagnosis and ineffective treatment. As in *Eaton*, *supra*, therefore, the physical impairment was established, as was the consequent functional limitation. Unlike *Eaton*, the government’s response could not be portrayed as being in the best interest of the deaf appellants. Nevertheless, the government contended that deafness is a condition of the user that really has nothing to do with the health scheme, and that in refusing sign language interpreters the health plan treated the deaf and non-deaf on an equal footing. The majority opinion in the British Columbia Court of Appeal drew a distinction between the adverse effects to the complainant attributable to the legislation and those that exist independently of the impugned legislation (i.e., the deafness). In this Court, La Forest J. rejected as too broad the general proposition that “government is not obliged to ameliorate disadvantage that it has not helped to create or exacerbate” (para. 66). Adequate communication, he

établie, non pas entre l’intimée et un employé physiquement apte, mais bien entre deux catégories de personnes ayant une déficience.

L’appelant invoque l’analyse de l’arrêt *Gibbs* à l’appui de sa proposition qu’en l’espèce, tout comme dans l’affaire *Gibbs*, une distinction a été établie à tort entre diverses déficiences. La différence réside toutefois dans le fait que, dans l’affaire *Gibbs*, le régime de soins médicaux stigmatisait les personnes ayant une déficience mentale comme étant moins dignes de toucher des prestations que les personnes ayant une déficience physique, tandis qu’en l’espèce aucune stigmatisation ne résulte du fait d’être considéré comme étant dans une meilleure situation lorsque, dans les faits, c’est ce qui ressort du dossier médical de l’appelant.

(iv) *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624

Dans l’affaire *Eldridge*, les trois appelants étaient sourds de naissance et leur affection auditive leur causait une limitation fonctionnelle en ce sens qu’en l’absence d’un interprète gestuel ils ne pouvaient communiquer efficacement avec leurs médecins et d’autres professionnels de la santé. L’absence de communication efficace avait pour effet de réduire les avantages en matière de soins de santé et d’accroître le risque de diagnostic erroné et de traitement inefficace. Par conséquent, comme dans l’affaire *Eaton*, précitée, l’affection physique était établie, tout comme la limitation fonctionnelle qui en découlait. Contrairement à l’affaire *Eaton*, on ne pouvait pas dire que la réaction du gouvernement était dans le meilleur intérêt des appelants sourds. Le gouvernement a néanmoins soutenu que la surdité est une condition du bénéficiaire lui-même et n’a vraiment rien à voir avec le régime de soins de santé, et qu’en refusant d’offrir des services d’interprétation gestuelle le régime traitait sur un pied d’égalité les bénéficiaires sourds et ceux qui ne l’étaient pas. Les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont établi une distinction entre les effets préjudiciables causés au plaignant par la loi et ceux qui existent indépendamment de la loi contestée (c’est-à-dire la surdité). Le juge

77

78

held, was “an integral part of the provision of medical services” (para. 69). The failure to provide sign language interpreters created a second class group of health plan users who were denied the full benefits of the health scheme available to the non-deaf. The government was *not* required to provide “extra” services. *It was* required to provide the medical services its Commission had already recognized as “necessary” in a way that was understandable and usable to the deaf. The government had looked at its health scheme only from the perspective of a more able-bodied user. It was, from the deaf user’s perspective, the differentiated delivery of a theoretically undifferentiated medical service that infringed s. 15(1) and failed to support a s. 1 justification.

(4) The Drop-Out Provision Does Not Infringe the Charter

79

I return to the observation of Sopinka J. in *Eaton, supra*, at para. 66, that “the purpose of s. 15(1) of the *Charter* is not only to prevent discrimination by the attribution of stereotypical characteristics to individuals, but also to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by exclusion from mainstream society as has been the case with disabled persons”. The differential treatment afforded by the s. 44 drop-out provision ameliorates the position of those with a history of severe *and permanent* disabilities. It does not assist more fortunate people such as the appellant, but in the context of a contributory benefits plan, Parliament is inevitably called upon to target the particular group or groups it wishes the CPP to subsidize. Drawing lines is an unavoidable feature of the CPP and comparable schemes. Parliament did not violate the purpose of s. 15(1) by seeking to benefit individuals with a history of severe and prolonged

La Forest, de notre Cour, a rejeté, pour le motif qu’elle avait une portée trop large, la proposition générale selon laquelle «[le gouvernement] n’est pas obligé d’atténuer les désavantages qu’il n’a pas contribué à créer ou à exacerber» (par. 66). Il a conclu que les communications adéquates étaient «une partie intégrante de la prestation des services médicaux» (par. 69). L’omission d’offrir des services d’interprétation gestuelle avait pour effet de créer une catégorie de bénéficiaires de second rang qui n’avaient pas accès à l’ensemble des avantages que le régime de soins de santé offrait aux personnes qui n’étaient pas sourdes. Le gouvernement *n’était pas* tenu d’offrir des services «supplémentaires». Il *devait* fournir les services médicaux que sa commission avait déjà jugés «nécessaires» de façon à ce que les personnes sourdes puissent les comprendre et en bénéficier. Le gouvernement n’avait considéré son régime de soins de santé que sous l’angle d’un bénéficiaire plus physiquement apte. Du point de vue des bénéficiaires sourds, c’était la prestation différente de services médicaux en principe uniformes qui contrevenait au par. 15(1) et qui n’était pas justifiable en vertu de l’article premier.

(4) La disposition d’exclusion ne contrevient pas à la Charte

Je reviens à l’observation du juge Sopinka dans l’arrêt *Eaton*, précité, au par. 66, que «le par. 15(1) de la *Charte* a non seulement pour objet d’empêcher la discrimination par l’attribution de caractéristiques stéréotypées à des particuliers, mais également d’améliorer la position de groupes qui, dans la société canadienne, ont subi un désavantage en étant exclus de l’ensemble de la société ordinaire comme ce fut le cas pour les personnes handicapées». La différence de traitement que permet la disposition d’exclusion de l’art. 44 améliore la position des personnes ayant des antécédents de déficience grave *et permanente*. Elle n’aide pas les personnes plus fortunées comme l’appelant, mais dans le contexte d’un régime de prestations contributif, le législateur doit inévitablement cibler le ou les groupes qu’il veut aider financièrement au moyen du RPC. Tracer des lignes de démarcation est une caractéristique inévitable du RPC et de tout régime comparable. Le législateur n’a pas contre-

disability. (In fact, the appellant wants more advantageous treatment than is given to the permanently disabled. The CPP at present drops out the contribution requirement at the rate of one month at a time when the statutory conditions are satisfied. Under the appellant's scheme, by contrast, seven months' disability would "drop" 12 months out of the CPP calculation instead of only seven months.)

The "purposive" interpretation of s. 15 puts the focus squarely on the third aspect of disabilities, namely on the state's response to an individual's physical or mental impairment. If the state's response were, intentionally or through effects produced by oversight, to stigmatize the underlying physical or mental impairment, or to attribute functional limitations to the appellant that his underlying physical or mental impairment did not warrant, or to fail to recognize the added burdens which persons with temporary disabilities may encounter in achieving self-fulfilment, or otherwise to misuse the impairment or its consequences in a discriminatory fashion that engages the purpose of s. 15, an infringement of equality rights would be established. But neither Parliament in the design of the CPP, nor the Minister in his administration of the CPP in relation to the appellant, did any of these things, in my opinion.

While I have every sympathy for the appellant's injured back and the problematic employment history to which it may have contributed, I do not believe that a reasonably objective person, standing in his shoes and taking into account the context of the CPP and its method of financing through contributions, would consider that the greater allowance made for persons with greater disabilities in terms of CPP contributions "marginalized" or "stigmatized" him or demeaned his sense of worth and dignity as a human being.

venu à l'objet du par. 15(1) en cherchant à avantager les personnes ayant des antécédents de déficience grave et prolongée. (En fait, l'appellant veut bénéficier d'un traitement plus avantageux que celui accordé à la personne qui a une déficience permanente. À l'heure actuelle, le RPC prévoit l'exclusion de l'exigence de cotisation à raison d'un mois à la fois lorsque les conditions établies par la Loi sont respectées. Par contre, suivant le régime préconisé par l'appellant, une déficience d'une durée de sept mois «exclurait» 12 mois du calcul du RPC plutôt que seulement sept mois.)

L'interprétation «fondée sur l'objet visé» de l'art. 15 met carrément l'accent sur la troisième facette de la déficience, à savoir sur la réaction de l'État face à l'affection physique ou mentale d'une personne. Il y aurait atteinte aux droits à l'égalité si la réaction de l'État avait pour but ou pour effet causé par inadvertance de stigmatiser l'affection physique ou mentale sous-jacente, d'attribuer à l'appellant des limitations fonctionnelles que son affection physique ou mentale sous-jacente n'entraîne pas, de ne pas reconnaître les difficultés supplémentaires que les personnes ayant une déficience temporaire peuvent éprouver à s'épanouir, ou, par ailleurs, de traiter l'affection ou ses conséquences d'une manière discriminatoire qui met en cause l'objet de l'art. 15. Toutefois, je suis d'avis que le législateur, en concevant le RPC, et le ministre, en appliquant le RPC à l'appellant, n'ont rien fait de tout cela.

Bien que je compatisse avec l'appellant en ce qui concerne sa blessure au dos et l'historique d'emploi problématique auquel cette blessure a pu contribuer, je ne crois pas qu'une personne raisonnablement objective, qui se trouverait dans la même situation et qui tiendrait compte du contexte du RPC et de sa méthode de financement au moyen de cotisations, considérerait que le fait de prendre davantage en considération le cas de personnes ayant des déficiences plus graves, au chapitre des cotisations au RPC, a pour effet de «marginaliser» l'appellant ou de le «stigmatiser», ou encore, de miner son estime de soi ou sa dignité en tant qu'être humain.

80

81

82 In these circumstances, my opinion is that the CPP drop-out provision does not engage the larger human rights purpose of s. 15(1) of the *Charter*, and the appellant's claim that s. 15 has been infringed must therefore be rejected.

C. Section 1 of the Charter

83 As there is no violation of s. 15(1), it is not necessary to turn to s. 1. It is thus unnecessary to deal with the appellant's argument that the government has failed "to show why it is reasonable to deny a modest adjustment which would do justice to Mr. Granovsky and people like Mr. Granovsky". As the appellant has failed to show a violation of his s. 15(1) rights, the issue of justification does not arise.

VIII. Disposition

84 I would dismiss the appeal. The respondent has not requested costs and none are awarded. The constitutional questions should be answered as follows:

- (1) Does the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8, discriminate against persons on the basis of physical or mental disability by including periods of physical or mental disability in a claimant's contributory period, as such period is determined pursuant to s. 44(2)(b) of that Act, in claims for a disability pension under that Act, contrary to s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11?

Answer: No.

- (2) If so, does the discrimination come within only such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B of the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11?

Dans ces circonstances, je suis d'avis que la disposition d'exclusion du RPC ne met pas en cause l'objectif général en matière de droits de la personne que vise le par. 15(1) de la *Charte*, et que l'allégation de l'appelant que l'on a contrevenu à l'art. 15 doit donc être rejetée.

C. L'article premier de la Charte

Comme il n'y a aucune violation du par. 15(1), il n'est pas nécessaire de passer à l'article premier. Il est donc inutile d'examiner l'argument de l'appelant que le gouvernement n'a pas [TRADUCTION] «démontré pourquoi il est raisonnable de refuser un ajustement mineur qui ne serait que juste pour M. Granovsky et les personnes qui se trouvent dans la même situation que lui». Comme l'appelant n'a pas démontré l'existence d'une violation des droits que lui garantit le par. 15(1), la question de la justification ne se pose pas.

VIII. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Aucuns dépens ne sont accordés vu l'absence d'une demande de l'intimé en ce sens. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

- (1) Le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8, crée-t-il à l'égard de certaines personnes une discrimination fondée sur les déficiences mentales ou physiques en incluant des périodes d'invalidité mentale ou physique dans la période cotisable d'un demandeur, selon la définition de cette période à l'al. 44(2)(b) de cette loi, dans les demandes de pension d'invalidité faites en vertu de cette loi, en contravention de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11?

Réponse: Non.

- (2) Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle une restriction prescrite par une règle de droit, dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique selon l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, ch. 11?

Answer: The second constitutional question need not be answered.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Booth, Dennehy, Ernst & Kelsch, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Réponse: Il n'y a pas lieu de répondre à la seconde question constitutionnelle.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Booth, Dennehy, Ernst & Kelsch, Winnipeg.

Procureur de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:
Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 2000 Vol. 1

5^e cahier, 2000 Vol. 1

Cited as [2000] 1 S.C.R. 751-914

Renvoi [2000] 1 R.C.S. 751-914

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

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
UZMA IHSANULLAH

KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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.

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.

CONTENTS

Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.	842
--	------------

Contracts — Sealed contracts — Mortgages — Mortgage agreement entered into by corporation acting as agent of undisclosed principals — Mortgage executed under seal of corporation — Corporation defaulting on mortgage and mortgagee suing undisclosed principals — Common law rule preventing undisclosed principals from being sued on contract executed by their agent when contract executed under seal — Whether sealed contract rule applies to corporate agent — Whether sealed contract rule should be abolished.

Contracts — Sealed contracts — Intent — Evidence — Creation of sealed contract requiring intent to create instrument under seal — Whether attachment of corporate seal to agreement constitutes evidence of intent to create sealed instrument — Statutory provisions may render intent irrelevant.

R. v. A.R.B.	781
---------------------------	------------

Criminal law — Evidence — Sexual offences — Trial judge rejecting line of evidence sought to be adduced by accused — Accused convicted of sexual offences — No basis to interfere with trial judge's discretion to exclude evidence — Conviction affirmed.

R. v. Catchway	838
-----------------------------	------------

Criminal law — Trial — Bias — Members of Indian band convicted of mischief for blockade of provincial highway — Trial judge's prior professional dealings with certain band members or groups while still a practising lawyer raising reasonable apprehension of bias — Convictions set aside and new trial ordered before different judge.

R. v. Jolivet	751
----------------------------	------------

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of murder — Whether trial judge erred in refusing to allow defence counsel to comment on Crown's failure to call previously announced witness — Whether majority of Court of Appeal erred in declining to apply curative proviso and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Application of curative proviso raising question of law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Trial — Jury — Disclosure of evidence — Accused alleging that jury members had inappropriate contacts with police during their deliberations which called for stay of proceedings — Accused alleging that late disclosure of statement to police deprived him of right to make full answer and defence — Court of Appeal's rejection of accused's allegations upheld.

Continued on next page

SOMMAIRE

Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.	842
--	------------

Contrats — Contrats par actes scellés — Hypothèques — Acte d'hypothèque conclu par une société par actions agissant à titre de mandataire de mandants secrets — Acte d'hypothèque revêtu du sceau de la société par actions — Manquement à l'acte d'hypothèque par la société par actions et action intentée par le créancier hypothécaire contre les mandants secrets — Existence d'une règle de common law faisant obstacle à l'engagement de poursuites contre des mandants secrets sur le fondement d'un contrat conclu par leur mandataire lorsque ce contrat est revêtu d'un sceau — La règle du contrat par acte scellé s'applique-t-elle aux personnes morales agissant comme mandataires? — La règle du contrat par acte scellé devrait-elle être abolie?

Contrats — Contrats par actes scellés — Intention — Preuve — La création d'un contrat par acte scellé exige l'intention de créer un acte scellé — L'apposition du sceau d'une personne morale sur un accord constitue-t-elle une preuve de l'intention de créer un acte scellé? — Des dispositions législatives peuvent avoir pour effet d'enlever toute pertinence à l'intention.

R. c. A.R.B.	781
---------------------------	------------

Droit criminel — Preuve — Infractions d'ordre sexuel — Juge du procès rejetant certains éléments de preuve que désirait présenter l'accusé — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel — Absence de raison d'intervenir dans l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire d'écartier des éléments de preuve — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. c. Catchway	838
-----------------------------	------------

Droit criminel — Procès — Partialité — Membres d'une bande indienne déclarés coupables de méfait pour avoir établi un barrage sur une autoroute provinciale — Crainte raisonnable de partialité découlant des rapports professionnels du juge du procès avec certains membres de la bande ou groupes au sein de celle-ci pendant qu'il exerçait le droit comme avocat — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès devant un juge différent ordonné.

R. c. Jolivet	751
----------------------------	------------

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé reconnu coupable de meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant d'autoriser l'avocat de la défense à commenter l'omission du ministre public de faire entendre un témoin annoncé? — La Cour d'appel à la majorité a-t-elle commis une erreur en refusant d'appliquer la disposition réparatrice et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

F.N. (Re) 880

Criminal law — Young Offenders — Confidentiality — Non-disclosure — Youth Court records — Youth Court routinely distributing copies of weekly Youth Court docket to local school boards — Whether Youth Court exceeded its jurisdiction — Whether distribution of Youth Court docket violated non-publication and non-disclosure requirements of Young Offenders Act — Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1, s. 38, 40 to 46.

Reference re *Firearms Act* (Can.)..... 783

Constitutional law — Division of powers — Criminal law power — Firearms — Licensing and registration of ordinary firearms — Whether licensing and registration provisions of Firearms Act intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Firearms Act, S.C. 1995, c. 39.

Reference re *Gruenke* 836

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Battered-woman syndrome — Accused convicted of first degree murder in 1987 — Self Defence Review Committee appointed in 1995 to review cases of women convicted before Supreme Court's decision in *Lavallee* dealing with battered-woman syndrome — Committee interviewing accused and recommending that her case be referred to Court of Appeal — Court of Appeal asked to give opinion on whether information obtained by Committee admissible as fresh evidence — Court of Appeal finding information inadmissible as fresh evidence — Court of Appeal's judgment affirmed.

SOMMAIRE (Fin)

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — L'application de la disposition réparatrice soulève une question de droit — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b(iii).

Droit criminel — Procès — Jury — Divulgence de la preuve — Allégation de l'accusé selon laquelle les membres du jury ont eu, pendant leurs délibérations, des communications inappropriées avec des policiers, ce qui exigeait l'arrêt des procédures — Allégation de l'accusé selon laquelle la divulgation tardive d'une déclaration faite à la police l'a privé du droit de présenter une défense pleine et entière — Le rejet des allégations de l'accusé par la Cour d'appel est confirmé.

F.N. (Re) 880

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Confidentialité — Non-communication — Dossiers du tribunal pour adolescents — Un tribunal pour adolescents communiquait régulièrement des copies de son rôle aux commissions scolaires locales — A-t-il outrepassé sa compétence? — La distribution du rôle contrevenait-elle aux exigences de non-publication et de non-communication de la Loi sur les jeunes contrevenants? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 38, 40 à 46.

Renvoi relatif à la *Loi sur les armes à feu* (Can.)..... 783

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Compétence en matière de droit criminel — Armes à feu — Permis et enregistrement des armes à feu ordinaires — Les dispositions de la Loi sur les armes à feu relatives aux permis et à l'enregistrement sont-elles de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39.

Renvoi relatif à *Gruenke*..... 836

Droit criminel — Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Syndrome de la femme battue — Accusée déclarée coupable de meurtre au premier degré en 1987 — Comité d'examen de la légitime défense établi en 1995 pour examiner les déclarations de culpabilité prononcées contre des femmes avant l'arrêt *Lavallee* de la Cour suprême qui portait sur le syndrome de la femme battue — Accusée interviewée par le comité qui a recommandé le renvoi de son cas devant la Cour d'appel — Opinion de la Cour d'appel demandée relativement à la question de savoir si l'information obtenue par le comité était admissible comme élément de preuve nouveau — Information déclarée inadmissible comme élément de preuve nouveau par la Cour d'appel — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Daniel Jolivet *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JOLIVET

Neutral citation: 2000 SCC 29.

File No.: 26646.

1999: February 19; 2000: May 18.

Present: L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of murder — Whether trial judge erred in refusing to allow defence counsel to comment on Crown's failure to call previously announced witness — Whether majority of Court of Appeal erred in declining to apply curative proviso and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Application of curative proviso raising question of law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

Criminal law — Trial — Jury — Disclosure of evidence — Accused alleging that jury members had inappropriate contacts with police during their deliberations which called for stay of proceedings — Accused alleging that late disclosure of statement to police deprived him of right to make full answer and defence — Court of Appeal's rejection of accused's allegations upheld.

The accused was convicted of four counts of murder. At trial, the circumstances leading to the four killings were described by the Crown's principal witness, an informer. At the opening of trial and again during the trial, Crown counsel made reference to an additional witness, B, who he said would be called to testify and who, he said, would corroborate in part the principal witness's testimony. Crown counsel later declined to call B. When defence counsel indicated that he wished

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Daniel Jolivet *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. JOLIVET

Référence neutre: 2000 CSC 29.

N° du greffe: 26646.

1999: 19 février; 2000: 18 mai.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé reconnu coupable de meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant d'autoriser l'avocat de la défense à commenter l'omission du ministère public de faire entendre un témoin annoncé? — La Cour d'appel à la majorité a-t-elle commis une erreur en refusant d'appliquer la disposition réparatrice et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — L'application de la disposition réparatrice soulève une question de droit — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

Droit criminel — Procès — Jury — Divulgence de la preuve — Allégation de l'accusé selon laquelle les membres du jury ont eu, pendant leurs délibérations, des communications inappropriées avec des policiers, ce qui exigeait l'arrêt des procédures — Allégation de l'accusé selon laquelle la divulgation tardive d'une déclaration faite à la police l'a privé du droit de présenter une défense pleine et entière — Le rejet des allégations de l'accusé par la Cour d'appel est confirmé.

L'accusé a été déclaré coupable de quatre meurtres. Au procès, le principal témoin à charge, un délateur, a relaté les événements ayant conduit aux quatre meurtres. Au début du procès et durant le procès, le substitut du procureur général a fait allusion à un autre témoin, B, qui, selon lui, devait être entendu et devait corroborer en partie le témoignage du témoin principal. Le substitut a par la suite décidé de ne pas citer B. Lorsque l'avocat de la défense a mentionné qu'il désirait faire des commen-

to comment in his jury address on the Crown's failure, the trial judge offered the defence the opportunity to call B and cross-examine him, but that offer was rejected. The trial judge then indicated that if defence counsel commented on the Crown's failure to call B, he would instruct the jury that B could have been called by the defence as well as by the Crown. The Court of Appeal was unanimous in its finding that this ruling in effect prevented defence counsel from commenting on the Crown's failure to call its previously announced witness and that this was an error of law. The majority declined to apply the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*. The accused's appeal was therefore allowed and a new trial ordered. The Crown appealed to this Court. The accused cross-appealed on two grounds, arguing that, during their deliberations, the members of the jury had inappropriate contacts with several police officers which called for a stay of proceedings and that the late disclosure by the Crown of a statement to police deprived the accused of his right to make full answer and defence. As well, the defence made the preliminary objection that this Court was without jurisdiction to hear the Crown appeal on the ground that a division of opinion in an appellate court concerning the application of the curative proviso does not raise a question of law.

Held: The appeal should be allowed and the convictions restored. The cross-appeal should be dismissed.

As to the preliminary objection, the Court of Appeal was required to give legal substance to the statutory concept of "miscarriage of justice" and this involved a question of law. This Court therefore has jurisdiction to hear the appeal.

The Crown is under no obligation to call a witness it considers unnecessary to the prosecution's case. While the statements made in opening and in the course of trial were consistent only with the Crown's intention at that time to call B, a statement of intention does not necessarily amount to an undertaking and the trial judge found in favour of the Crown on that point. The Crown's conduct called for an explanation, but Crown counsel explained that he believed B would not be a truthful witness. As the trial judge accepted Crown counsel's explanation, there can be no question here of an abuse of process. Crown counsel is entitled to have a trial strategy and to modify it as the trial unfolds, provided that the modification does not result in unfairness to the

taires dans sa plaidoirie sur l'omission du ministère public de faire entendre B, le juge du procès a donné à la défense la possibilité de faire comparaître B pour le contre-interroger, mais cette offre a été rejetée. Le juge du procès a alors fait valoir que, si l'avocat de la défense commentait cette omission, il informerait le jury que B aurait pu être cité comme témoin aussi bien par la défense que par le ministère public. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que cette décision a, en fait, empêché la défense de commenter l'omission du ministère public de faire entendre le témoin annoncé et que c'était une erreur de droit. Les juges majoritaires ont refusé d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. L'appel de l'accusé a donc été accueilli et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée. Le ministère public a présenté un pourvoi devant notre Cour. L'accusé interjette un pourvoi incident pour deux motifs, faisant valoir que, lors de leurs délibérations, les membres du jury ont eu des communications inappropriées avec plusieurs policiers, ce qui exigeait l'arrêt des procédures, et que la divulgation tardive par le ministère public d'une déclaration faite à la police l'a privé du droit de présenter une défense pleine et entière. Par ailleurs, la défense a présenté l'opposition préliminaire fondée sur l'absence de compétence de notre Cour pour entendre le pourvoi du ministère public au motif qu'une divergence d'opinion au sein d'une cour d'appel au sujet de l'application de la disposition réparatrice ne soulève pas une question de droit.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et les déclarations de culpabilité sont rétablies. Le pourvoi incident est rejeté.

En ce qui concerne l'opposition préliminaire, la Cour d'appel devait concrétiser la notion, d'origine législative, d'«erreur judiciaire» et cela comporte une question de droit. Notre Cour a donc compétence pour entendre le présent pourvoi.

Le ministère public n'est pas tenu de faire entendre un témoin qu'il ne considère pas utile pour établir sa preuve. Même si les déclarations faites dans l'exposé initial et au cours du procès ne représentaient que l'intention du ministère public, à ces moments-là, de faire entendre B, une déclaration d'intention n'équivaut pas nécessairement à un engagement et le juge du procès a donné raison au ministère public sur cette question. La conduite du ministère public méritait une explication, mais le substitut du procureur général a expliqué qu'il croyait que B ne serait pas un témoin sincère. Étant donné que le juge du procès a cru l'explication du substitut, il ne peut être question d'abus de procédure en l'espèce. Le substitut a le droit d'avoir une stratégie de

accused. Where an element of prejudice results (as it did here), remedial action is appropriate.

The trial judge erred in effectively (if not explicitly) preventing defence counsel from commenting on the missing witness B. The fact that Crown counsel twice announced to the jury that B would be called produced an element of prejudice by asserting the existence of corroborative evidence. While the defence was not entitled to suggest that an adverse inference should be drawn that the testimony of B would have been favourable to the accused, it was entitled to suggest to the jury that the failure to call B left an unspecified hole in the Crown's proof. The denial of the defence right to comment was an error of law.

The majority of the Court of Appeal erred in declining to apply the curative proviso. The application of s. 686(1)(b)(iii) requires a court to consider the seriousness of the error in question, the effect it likely had upon the jury's inference-drawing process and the probable guilt of the accused on the basis of the legally admissible evidence untainted by the error. There is no reasonable possibility that the verdict would have been any different if the trial judge's error had not been made. While there were some inconsistencies in the testimony of the Crown's main witness, explanations were offered for these inconsistencies and it was open to the jury to accept or reject them. The trial judge instructed the jury that the evidence of the Crown's principal witness had not been corroborated in significant respects. The fact defence counsel was not in addition permitted to comment on the missing witness lost most of its significance in light of the judge's instruction on the lack of corroboration. It cannot be assumed that the jury had forgotten that what had been promised by the Crown had not been delivered.

The accused's cross-appeal should be dismissed for the reasons expressed in the Court of Appeal.

Cases Cited

Applied: *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834; *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15; **distinguished:** *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740; **referred to:** *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232; *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168; *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113;

procès et de la modifier en cours de route, pourvu que la modification n'entraîne aucune inéquité pour l'accusé. En cas de préjudice (comme c'est le cas en l'espèce), il y a lieu à réparation.

Le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a de fait (voire de façon explicite) empêché l'avocat de la défense de commenter l'absence du témoin annoncé, B. Le fait que le substitut du procureur général a annoncé à deux reprises au jury le témoignage de B a causé un certain préjudice parce qu'il affirmait l'existence d'un témoignage corroborant. Bien qu'elle n'ait pas eu le droit de recommander de tirer l'inférence défavorable que le témoignage de B aurait été favorable à l'accusé, la défense avait le droit de faire valoir au jury que l'omission de faire entendre B avait laissé un certain vide dans la preuve du ministère public. Le refus à la défense du droit de faire des commentaires est une erreur de droit.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont commis une erreur en refusant d'appliquer la disposition réparatrice. Selon le sous-al. 686(1)(b)(iii), la cour doit examiner la gravité de l'erreur en question, l'effet qu'elle a vraisemblablement eu sur le processus d'inférence du jury et la probabilité de culpabilité de l'accusé d'après la preuve légalement admissible non viciée par l'erreur. Il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur. Même s'il y avait des contradictions dans la déposition du témoin principal du ministère public, des explications ont été fournies à leur égard et il était loisible au jury de les accepter ou de les rejeter. Le juge du procès a mentionné dans sa directive au jury que la déposition du principal témoin à charge n'avait pas été corroboré sur des points importants. Le fait que l'avocat de la défense n'ait pas été, non plus, autorisé à faire des commentaires sur l'absence du témoin annoncé n'a plus grande importance étant donné la directive du juge sur l'absence de corroboration. On ne peut supposer que le jury ait oublié que le ministère public n'a pas tenu parole.

Le pourvoi incident de l'accusé est rejeté pour les motifs formulés en Cour d'appel.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834; *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740; **arrêts mentionnés:** *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232; *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168; *R. c. Cook*,

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. V. (J.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 284; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *R. v. Rooke* (1988), 40 C.C.C. (3d) 484; *Graves v. United States*, 150 U.S. 118 (1893); *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499; *United States v. Hines*, 470 F.2d 225 (1972), *certiorari* denied, 410 U.S. 968 (1973); *Duke Group Ltd. (in Liquidation) v. Pilmer & Ors*, [1998] A.S.O.U. 6529 (QL); *O'Donnell v. Reichard*, [1975] V.R. 916; *R. v. Zehr* (1980), 54 C.C.C. (2d) 65; *R. v. Koffman and Hirschler* (1985), 20 C.C.C. (3d) 232; *R. v. Dupuis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 496; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)].

Authors Cited

Mewett, Alan W. "No Substantial Miscarriage of Justice". In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.

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

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown, 1979.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1998), 125 C.C.C. (3d) 210, 20 C.R. (5th) 326, [1998] Q.J. No. 1221 (QL), allowing the accused's appeal from his conviction on four counts of murder and ordering a new trial. Appeal allowed and convictions restored. Cross-appeal dismissed.

Henri-Pierre Labrie and *Jacques Pothier*, for the appellant.

Alain Brassard, for the respondent.

[1997] 1 R.C.S. 1113; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *V. (J.) c. R.*, J.E. 94-863, 91 C.C.C. (3d) 284; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *R. c. Rooke* (1988), 40 C.C.C. (3d) 484; *Graves c. United States*, 150 U.S. 118 (1893); *Murray c. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499; *United States c. Hines*, 470 F.2d 225 (1972), *certiorari* refusé, 410 U.S. 968 (1973); *Duke Group Ltd. (in Liquidation) c. Pilmer & Ors*, [1998] A.S.O.U. 6529 (QL); *O'Donnell c. Reichard*, [1975] V.R. 916; *R. c. Zehr* (1980), 54 C.C.C. (2d) 65; *R. c. Koffman and Hirschler* (1985), 20 C.C.C. (3d) 232; *R. c. Dupuis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 496; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)].

Doctrine citée

Mewett, Alan W. «No Substantial Miscarriage of Justice». In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.

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

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown, 1979.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1998), 125 C.C.C. (3d) 210, 20 C.R. (5th) 326, [1998] A.Q. n° 1221 (QL), qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à quatre accusations de meurtre et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies. Pourvoi incident rejeté.

Henri-Pierre Labrie et *Jacques Pothier*, pour l'appelante.

Alain Brassard, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

BINNIE J. — This appeal requires the Court to consider the circumstances in which the Crown's failure to call an important witness at a criminal trial can be the subject of comment in the defence jury address or the basis of a trial judge's "missing witness" jury instruction.

LE JUGE BINNIE — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour doit déterminer dans quels cas l'omission du ministère public de faire entendre un témoin important lors d'un procès criminel peut faire l'objet de commentaires dans l'exposé de la défense au jury ou constituer le fondement d'une directive du juge au jury quant à l'absence du témoin annoncé.

The issue arises in this way. The respondent, Daniel Jolivet, was found guilty by a jury of four counts of murder in killings that were described as a settling of scores in the stolen goods and drug trade. The conviction was based largely on the testimony of an informer named Claude Riendeau. In the course of the trial, Crown counsel indicated to the jury on two separate occasions that the Crown would be calling one of the respondent's sometime "business" associates, Gérald Bourgade, to corroborate important admissions said to be made by the respondent in the presence of Riendeau and Bourgade. Just prior to the close of the case for the prosecution, he advised the court that the Crown no longer intended to call Bourgade.

La question s'est présentée de la manière suivante. L'intimé, Daniel Jolivet, a été déclaré coupable, par un jury, de quatre meurtres, qui ont été décrits comme étant des règlements de comptes dans le commerce d'objets volés et le trafic de stupéfiants. La déclaration de culpabilité était fondée en grande partie sur le témoignage d'un délateur du nom de Claude Riendeau. Au cours du procès, le substitut du procureur général a mentionné à deux reprises au jury que le ministère public ferait entendre l'un des anciens «associés» de l'intimé, Gérald Bourgade, pour qu'il corrobore des aveux importants que l'intimé aurait faits en présence de Riendeau et Bourgade. Juste avant de clore sa preuve, le substitut a informé la cour que le ministère public n'avait plus l'intention de le faire.

This surprising reversal of position by the Crown was accompanied by an explanation that the Quebec Court of Appeal described as "astounding". Crown counsel said that even though he had put Bourgade on the list of Crown witnesses for trial, and had twice referred to Bourgade's expected appearance before the jury, he had concluded, somewhat belatedly, that he did not consider truthful the testimony given by Bourgade at the preliminary inquiry.

Ce revirement surprenant de la part du ministère public a été expliqué d'une façon que la Cour d'appel du Québec a qualifiée [TRADUCTION] «d'étonnante». Le substitut du procureur général a dit que, même s'il avait inscrit le nom de Bourgade sur la liste des témoins à charge et qu'il avait mentionné à deux reprises au jury la comparution de ce témoin, il avait conclu, quelque peu tardivement, qu'il ne considérait pas véridique le témoignage de Bourgade à l'enquête préliminaire.

The defence wished to comment on the missing Bourgade in its closing address, but was effectively prevented from doing so by the trial judge, who also declined to give any jury instruction on the point. The Quebec Court of Appeal held unani-

Dans son exposé final, la défense a voulu commenter l'absence du témoin annoncé, Bourgade, mais il en a été empêché, dans les faits, par le juge du procès, qui a également refusé de donner des directives au jury à cet égard. La Cour d'appel du

mously that this refusal to allow defence counsel to comment on the missing witness was an error.

Québec a conclu à l'unanimité que ce refus d'autoriser l'avocat de la défense à commenter l'absence d'un témoin annoncé était une erreur.

5 A majority of the Quebec Court of Appeal ordered a new trial. Robert J.A., dissenting, concluded that there was no reasonable possibility that the verdict would have been different had the trial judge permitted the defence to make its comment. He would therefore have refused a new trial and dismissed the appeal. On appeal as of right to this Court, the respondent took the position that such a division of opinion in an appellate court does not raise any question of law, and that this Court lacked jurisdiction to continue with the appeal. The Crown relied on the statement of the Court in *Mahoney v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 834, at p. 852, that "[t]he Court of Appeal must give substance to the concept of 'miscarriage of justice' and this involves a legal determination". The panel of the Court hearing this appeal reserved the question as to whether the reasonableness of a possible verdict raises a question of law to be revisited by the full Court on a comparable objection in *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15, in relation to s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Judgment in *Biniaris* was recently released on April 13, 2000. For the reasons given in that case, the correctness of the dictum from *Mahoney* is affirmed and the preliminary objection to jurisdiction is therefore dismissed.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Robert, dissident, a conclu qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès avait autorisé la défense à faire ses commentaires. Il était donc d'avis de refuser d'ordonner la tenue d'un nouveau procès et de rejeter l'appel. Dans le cadre du pourvoi de plein droit interjeté auprès de notre Cour, l'intimé a prétendu qu'une telle divergence d'opinion au sein d'une cour d'appel ne soulève pas une question de droit et que notre Cour n'avait pas compétence pour entendre le pourvoi. Le ministère public se fonde sur la déclaration faite par la Cour dans *Mahoney c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 834, aux pp. 852 et 853, selon laquelle «[l]a Cour d'appel doit concrétiser la notion d'erreur judiciaire' et cela comporte une décision sur un point de droit». La formation de la Cour entendant le pourvoi a mis en délibéré la question de savoir si le caractère raisonnable d'un verdict possible soulève un point de droit, jusqu'à ce qu'elle puisse être réexaminée, en formation plénière, d'après une objection comparable soulevée dans *R. c. Biniaris*, [2000] 1 R.C.S. 381, 2000 CSC 15, dans le cadre du sous-al. 686(1)a(i) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le jugement dans *Biniaris* a été rendu le 13 avril 2000. Pour les motifs exposés dans cette affaire, le bien-fondé de l'opinion donnée dans *Mahoney* est confirmé et l'opposition préliminaire fondée l'absence de compétence est donc rejetée.

6 On the substantive issues, for the reasons which follow, my view is that the Quebec Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge ought to have permitted defence counsel to comment on the Crown's failure to call the corroborative witness, but that the majority erred in refusing to apply the curative proviso of s. 686(1)(b)(iii). I would therefore set aside the majority decision of the Quebec Court of Appeal on the narrow issue of whether or not the curative proviso applies and allow the Crown's appeal, not-

Pour ce qui est des questions de fond, j'estime, pour les motifs qui suivent, que la Cour d'appel du Québec a eu raison de conclure que le juge du procès aurait dû autoriser l'avocat de la défense à commenter l'omission du ministère public de citer le témoin corroborant, mais j'estime également que les juges majoritaires ont commis une erreur en refusant d'appliquer la disposition réparatrice du sous-al. 686(1)b(iii). Je suis donc d'avis d'annuler la décision majoritaire de la Cour d'appel du Québec sur la question précise de l'application de

withstanding the error of law committed by the trial judge. The jury verdict of guilt is therefore reinstated.

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law,

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant; it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

Facts

The Trial — Quebec Superior Court — Biron J.

At trial, the circumstances leading to the four killings were recounted by the Crown's principal witness, Claude Riendeau, an informer. A detailed account of that testimony is found in the meticulous reasons for judgment of Robert J.A., dissenting, reported at (1998), 125 C.C.C. (3d) 210, and will not be repeated here. The respondent chose not to testify.

On two separate occasions during the trial, counsel for the Crown made reference to an additional witness, Gérald Bourgade, who he said would be called to testify and who was expected to

la disposition réparatrice et d'accueillir le pourvoi du ministère public, malgré l'erreur de droit commise par le juge du procès. Le verdict de culpabilité du jury est donc rétabli.

Les dispositions législatives pertinentes

Code criminel

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

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

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Les faits

Le procès — Cour supérieure du Québec — Le juge Biron

Au procès, le principal témoin à charge, Claude Riendeau, un délateur, a relaté les événements ayant conduit aux quatre meurtres. On trouve un compte rendu détaillé de son témoignage dans les motifs circonstanciés du juge Robert, dissident, qui sont publiés à (1998), 20 C.R. (5th) 326. Ce témoignage ne sera pas répété dans les présents motifs. L'intimé a préféré ne pas témoigner.

À deux reprises durant le procès, l'avocat du ministère public a fait allusion à un autre témoin, Gérald Bourgade, qui devait être entendu et confirmer en partie le témoignage de Riendeau. Le nom

confirm in part the testimony of Riendeau. The first reference to this witness was made in the Crown's opening address to the jury:

[TRANSLATION] You will hear two people, Riendeau and Bourgade, who heard the accused announce his intention to get rid of two of the victims, Leblanc and Lemieux, and were there when he made certain preparations for that crime. Riendeau will then tell you that on the day after the crime, he met Jolivet, who admitted having made a clean sweep. You will also see that Riendeau, at that time, saw narcotics — cocaine from the victims — in the possession of the accused or other people under his control. And we will then present you with circumstantial evidence that partly relates to the accused, and other circumstantial evidence, all kinds of minor circumstances to show you that the witnesses Riendeau and Bourgade could not have made up their story and that it is based on independent facts we can prove to you. [Emphasis added.]

The Crown again stated that Bourgade would be called by way of an objection during the defence's cross-examination of Riendeau:

[TRANSLATION]

Q.: And the reason Mr. Bourgade called you to tell you that is because . . .

[The Crown]:

I object. The reason Bourgade called him, it's Bourgade who will tell us that. It's not him. [Emphasis added.]

Crown counsel later declined to call Bourgade but, as mentioned, failed to explain why, given his disbelief in Bourgade's testimony, he had subsequently put Bourgade's name on the list of Crown witnesses to be called at trial and at the trial itself had affirmed his intention of calling Bourgade on two separate occasions in front of the jury.

de ce témoin a été mentionné pour la première fois dans l'exposé initial du ministère public au jury:

Vous entendrez deux personnes, soit Riendeau et Bourgade, qui ont entendu l'accusé annoncer son intention de se débarrasser de deux des victimes, soit Leblanc et Lemieux, et faire en présence de ces deux-là certaines préparations pour ce crime-là. Riendeau vous dira ensuite que le lendemain du crime, il a rencontré Jolivet et que celui-ci lui a avoué avoir fait maison nette. Vous verrez aussi que Riendeau, à ce moment-là, a vu, en possession de l'accusé ou d'autres personnes sous son contrôle des stupéfiants, de la cocaïne qui provenait de chez les victimes. Et nous vous présenterons ensuite une preuve circonstancielle qui se rapporte partiellement à l'accusé, et une autre preuve circonstancielle, toutes sortes de petites circonstances qui vont venir vous montrer que les témoins Riendeau et Bourgade ne peuvent avoir inventé leur histoire et qu'elle est basée sur des faits indépendants que nous sommes en mesure de vous prouver. [Je souligne.]

Lorsqu'il a soulevé une objection pendant le contre-interrogatoire de Riendeau par la défense, le ministère public a de nouveau affirmé que Bourgade serait entendu:

Q.: Et la raison pour laquelle monsieur Bourgade vous appelle pour vous dire ça c'est parce que . . .

[Le substitut du procureur général]:

Je m'objecte. La raison pour laquelle Bourgade l'appelle, c'est Bourgade qui va nous le dire. Ce n'est pas lui. [Je souligne.]

Le substitut a par la suite décidé de ne pas citer Bourgade comme témoin mais, comme je l'ai mentionné, il n'a pas expliqué pourquoi, n'ayant pas cru le témoignage de Bourgade, il avait néanmoins mis son nom sur la liste des témoins à charge qui seraient entendus au procès ni pourquoi il avait affirmé à deux reprises devant le jury, au procès, son intention de le faire témoigner.

Au cours des discussions qu'il a eues avec le juge du procès et le substitut du procureur général en l'absence du jury, l'avocat de la défense a mentionné qu'il désirait faire des commentaires dans sa plaidoirie sur l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade. Le juge du procès a fait

During discussions with the trial judge and Crown counsel in the absence of the jury, defence counsel indicated that he wished to comment in his jury address on the Crown's failure to call Bourgade. The trial judge pointed out that the Crown is under no obligation to call every witness

who may have some knowledge of the relevant events and that it was his practice to so instruct the jury. Instead, the trial judge offered defence counsel the opportunity to call Bourgade and cross-examine him, but that offer was rejected. The trial judge then indicated that if defence counsel commented on the Crown's failure to call Bourgade, the trial judge would instruct the jury that Bourgade could have been called by the respondent as well as the Crown. Faced with this warning, defence counsel did not raise the issue in the jury address and the trial judge said nothing on the point in his charge.

Quebec Court of Appeal (1998), 125 C.C.C. (3d) 210

The Court of Appeal was unanimous in its finding that defence counsel should have been allowed to comment on the Crown's failure to call its previously announced witness, Bourgade. Fish J.A. held (at p. 219) that the curative proviso should not be applied in the present case because the accused's right to a "fair trial" had been compromised by the *combined* effect of:

(1) the Crown's repeated statements that Bourgade would be called as a witness; (2) the Crown's disclosure to the jury of the incriminating evidence Bourgade was expected to give; (3) the Crown's failure to call Bourgade; (4) the astonishing reason invoked for this decision; and (5) the impairment of defence counsel's right, in these circumstances, to comment on Bourgade's absence.

The trial judge's error caused a substantial wrong to the accused and the trial judge's offer of the witness in cross-examination was not enough to cure that wrong. Vallerand J.A., in concurring reasons, agreed with Fish J.A. The appeal was therefore allowed, Robert J.A. dissenting, and a new trial ordered.

Analysis

Counsel generally avoid leading a jury to anticipate more than he or she can deliver. Jurors are

valoir que le ministère public n'était pas obligé de faire entendre tous les témoins qui peuvent avoir une certaine connaissance des événements pertinents et qu'il avait l'habitude d'en informer le jury. Par contre, il a donné à l'avocat de la défense la possibilité de faire comparaître Bourgade pour le contre-interroger, mais cette offre a été rejetée. Il a alors indiqué que si l'avocat de la défense commentait cette omission, il informerait le jury que Bourgade aurait pu être cité comme témoin aussi bien par l'intimé que par le ministère public. Face à cet avertissement, l'avocat de la défense n'a pas abordé la question dans sa plaidoirie et le juge du procès n'a rien dit à ce sujet dans son exposé.

Cour d'appel du Québec (1998), 20 C.R. (5th) 326

La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que l'avocat de la défense aurait dû être autorisé à commenter l'omission du ministère public de faire entendre le témoin Bourgade, qu'il avait auparavant annoncé. Le juge Fish (à la p. 333) a conclu que la disposition réparatrice ne devait pas être appliquée en l'espèce parce que le droit de l'accusé à un [TRADUCTION] «procès équitable» avait été compromis par les effets *conjugués*:

[TRADUCTION] (1) des multiples affirmations du ministère public selon lesquelles Bourgade serait appelé à témoigner; (2) de la divulgation au jury par le ministère public du témoignage incriminant que Bourgade était censé apporter; (3) de l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade; (4) de la raison étonnante invoquée pour expliquer de cette décision; et (5) de l'atteinte au droit de l'avocat de la défense, dans les circonstances, de commenter l'absence de Bourgade.

L'erreur du juge du procès a causé un tort important à l'accusé et son offre de contre-interroger le témoin n'était pas suffisante pour réparer ce tort. Dans des motifs concordants, le juge Vallerand s'est dit d'accord avec le juge Fish. L'appel a donc été accueilli, le juge Robert étant dissident, et la tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

Analyse

Les avocats évitent généralement d'amener le jury à s'attendre à plus que ce qu'ils peuvent lui

likely to remember unfulfilled promises and draw their own conclusions, whether or not the shortfall is specifically brought to their attention. Here the Crown told the jury about the existence of Gérald Bourgade and his expected corroborative testimony and subsequently failed to deliver. The respondent was nevertheless convicted. Defence counsel argues that he was entitled to rely on expectations induced by the statements of Crown counsel that an important witness would be called, and to shape his trial strategy accordingly. If Crown counsel, as here, resiles from a position plainly stated, what is the precise mischief and what is the appropriate remedy?

fournir. Les jurés se souviendront vraisemblablement des promesses non tenues et tireront leurs propres conclusions, que l'omission soit ou non expressément portée à leur attention. En l'espèce, le ministère public a parlé au jury de Gérald Bourgade et du témoignage corroborant qu'il allait apporter, mais s'est abstenu de le faire entendre par la suite. L'intimé a néanmoins été déclaré coupable. L'avocat de la défense prétend qu'il avait le droit de se fier aux attentes induites par les déclarations du substitut du procureur général, selon lesquelles un témoin important serait entendu, et d'élaborer sa stratégie de procès en conséquence. Si, comme en l'espèce, le substitut revient sur une position clairement énoncée, quel est le tort exact causé et quelle est la réparation appropriée?

13

It is important to emphasize at the outset that the defence does not pretend that the evidence of Gérald Bourgade would have been exculpatory. Defence counsel had received full disclosure on this point and had heard Bourgade's testimony at the preliminary inquiry. There is no suggestion in this case that the Crown's conduct prevented the defence from having timely access to relevant information. While Bourgade's statement to the police and his evidence at the preliminary inquiry were inconsistent in some respects with the testimony of Riendeau, Bourgade's testimony nevertheless incriminated the respondent. Defence counsel clearly had no intention of accepting the trial judge's offer at the conclusion of the case to allow Bourgade to be called for the purpose of a defence cross-examination:

[TRANSLATION]

Mr. MacDONALD:

I have the name Bourgade as a witness.

THE COURT:

Yes. Counsel, you have known since last Thursday that the Crown was not calling him. Did you ask to cross-examine him?

Mr. MacDONALD:

I have no request . . .

THE COURT:

Are you requesting that now?

Il est important de souligner dès le départ que la défense ne prétend pas que le témoignage de Gérald Bourgade aurait été disculpatoire. L'avocat de la défense avait bénéficié d'une divulgation complète à cet égard et avait entendu le témoignage de Bourgade à l'enquête préliminaire. Rien n'indique en l'espèce que la conduite du ministère public ait empêché la défense d'avoir accès en temps voulu à des renseignements pertinents. Même si la déclaration faite par Bourgade à la police et son témoignage à l'enquête préliminaire contredisaient à certains égards le témoignage de Riendeau, celui de Bourgade incriminait néanmoins l'intimé. L'avocat de la défense n'avait manifestement pas l'intention d'accepter l'offre du juge à la fin de la preuve à charge de faire comparaître Bourgade pour le contre-interroger:

PAR Me MacDONALD:

J'ai le nom de Bourgade comme témoin.

PAR LA COUR:

Oui. Maître, vous savez depuis jeudi passé que la Couronne ne le faisait pas entendre. Avez-vous demandé qu'il soit soumis à votre contre-interrogatoire?

PAR Me MacDONALD:

Je n'ai pas de demande . . .

PAR LA COUR:

Le demandez-vous dans le moment?

Mr. MacDONALD:

No. Am I . . . ? Pardon?

THE COURT:

Are you asking that he be called . . .

Mr. MacDONALD:

I have no . . .

THE COURT:

. . . so that you can cross-examine him?

Mr. MacDONALD:

. . . I do not wish to have Mr. Bourgade called.

The underlying defence complaint relates to trial tactics. The defence claims that the Crown's failure to follow through on what the defence sees as a commitment to call Bourgade deprived it of an opportunity to attempt to create conflicts between the evidence of the Crown's principal witnesses. Such conflicts between two incriminating witnesses could potentially raise a reasonable doubt in the mind of the jury that the prosecution had proved its case. This *potential* benefit, however, has to be seen in light of the *actual* benefit to the defence of having the Crown decide to go to the jury on the basis of the uncorroborated evidence of one unsavoury witness, Riendeau. Defence counsel was astute to play up the silver lining in the threatened black cloud of Bourgade's corroborative evidence, but in the end it seems he was not unhappy to see Bourgade fail to materialize. In addition, the defence says that statements to the jury by the Crown about what Bourgade was expected to say in effect put Bourgade's testimony before the jury unsworn and without any benefit of cross-examination. At a minimum, the defence says it ought to have been allowed to call the jury's attention to the Crown's inconsistencies and failed promises.

1. *The Crown Was Under No Obligation to Call Bourgade*

PAR Me MacDONALD:

Non. Si? Pardon?

PAR LA COUR:

Si vous le demandez qu'on le fasse venir . . .

PAR Me MacDONALD:

Je n'ai pas . . .

PAR LA COUR:

. . . pour que vous le contre-interrogiez?

PAR Me MacDONALD:

. . . je ne veux pas faire entendre monsieur Bourgade.

La plainte sous-jacente de la défense a trait aux tactiques du procès. La défense prétend que l'omission du ministère public de donner suite à ce qu'elle considère comme un engagement de faire entendre Bourgade l'a privée de la possibilité de tenter de faire ressortir des contradictions entre les dépositions des principaux témoins à charge. Des contradictions entre les déclarations de deux témoins incriminants auraient pu soulever un doute raisonnable dans l'esprit des jurés quant à la question de savoir si la poursuite avait établi sa preuve. Cet avantage *potentiel* doit cependant être examiné en fonction de l'avantage *réel* que la défense peut tirer de la décision du ministère public de présenter au jury une preuve reposant sur le témoignage non corroboré d'un témoin douteux, Riendeau. L'avocat de la défense a été astucieux d'essayer de tirer avantage de la situation en protestant contre l'absence de témoignage corroborant de la part de Bourgade, mais, en fin de compte, il n'était apparemment pas mécontent que Bourgade ne témoigne pas. La défense dit en outre que les déclarations faites au jury par le ministère public au sujet de ce que Bourgade devait dire ont eu comme effet de soumettre son témoignage au jury sans assermentation ni contre-interrogatoire. La défense dit qu'on aurait dû au moins l'autoriser à attirer l'attention du jury sur les contradictions et les promesses non tenues du ministère public.

1. *Le ministère public n'était pas tenu de faire entendre Bourgade*

14 It was established in *Lemay v. The King*, [1952] 1 S.C.R. 232, affirmed in *R. v. Yebes*, [1987] 2 S.C.R. 168, and reaffirmed in *R. v. Cook*, [1997] 1 S.C.R. 1113, that the Crown is under no obligation to call a witness it considers unnecessary to the prosecution's case. In *Lemay, supra*, Kerwin J. stated, at p. 241:

Of course, the Crown must not hold back evidence because it would assist an accused but there is no suggestion that this was done in the present case or, to use the words of Lord Thankerton, "that the prosecutor had been influenced by some oblique motive."

15 The reference to evidence that "would assist an accused" was made, of course, before the enhanced disclosure obligations on the Crown were laid down in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, and in any event referred, in context, to evidence that was exculpatory, not, as here, to evidence which offers only the potential for raising inconsistencies among witnesses who have only inculpatory evidence to offer. In general, witnesses should be called by the party that wants their evidence.

16 In *Cook*, L'Heureux-Dubé J., for the Court, stated that the Crown had no duty to call witnesses "regardless of their truthfulness, desire to testify, or of their ultimate effect on the trial" (para. 19), and endorsed what was said on that point by LeBel J.A. (as he then was) in *R. v. V. (J.)* (1994), 91 C.C.C. (3d) 284 (Que. C.A.), at pp. 287-88:

[TRANSLATION] Crown counsel, of course, while bound by strict duties so as to ensure the preservation of the integrity of the criminal justice system, however must operate in the context of an adversarial procedure. Once he has satisfied the obligation to disclose the evidence, it is for him, in principle, to choose the witnesses necessary to establish the factual basis of his case. If he does not call the necessary witnesses or evidence, he exposes the prosecution to dismissal of the charge for having failed to establish its case completely and in accordance with the reasonable doubt rule. However, once this obligation has been met and if improper

Il a été établi dans l'arrêt *Lemay c. The King*, [1952] 1 R.C.S. 232, confirmé par *R. c. Yebes*, [1987] 2 R.C.S. 168, et reconfirmé par *R. c. Cook*, [1997] 1 R.C.S. 1113, que le ministère public n'est pas tenu de faire entendre un témoin qu'il ne considère pas nécessaire pour établir sa preuve. Dans l'arrêt *Lemay*, précité, le juge Kerwin dit (à la p. 241):

[TRADUCTION] Évidemment, le ministère public ne doit pas dissimuler d'éléments de preuve pour le motif qu'ils aideraient l'accusé, mais on n'a pas donné à entendre que c'est le cas en l'espèce ou, pour emprunter les mots de lord Thankerton, «que le poursuivant a agi pour des motifs inavoués.»

La mention d'éléments de preuve qui «aideraient l'accusé» a été faite, naturellement, avant que l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, vienne élargir les obligations de divulgation, et visait de toute manière des éléments de preuve disculpatoires, et non pas, comme en l'espèce, des éléments de preuve permettant seulement de mettre en évidence des contradictions entre des témoignages uniquement inculpatives. En général, les témoins doivent être cités par la partie qui désire les faire entendre.

Dans l'arrêt *Cook*, le juge L'Heureux-Dubé, au nom de notre Cour, dit que le ministère public n'est pas tenu de faire entendre des témoins «sans égard à leur crédibilité, à leur désir de témoigner ou à l'effet ultime de leur témoignage sur le procès» (par. 19) et appuie ce qui a été dit sur cette question par le juge LeBel, de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour), dans l'arrêt *V. (J.) c. R.*, J.E. 94-863 (C.A.), à la p. 6 du texte intégral:

Le procureur de la Couronne, tenu certes à des obligations strictes pour garantir la préservation de l'intégrité du système de justice pénale, œuvre cependant dans le contexte d'une procédure contradictoire. Une fois qu'il a satisfait à l'obligation de communication de preuve, il lui appartient, en principe, de choisir les témoins nécessaires pour établir la base factuelle de sa cause. S'il ne produit pas les témoins ou les éléments de preuve nécessaires, il expose la poursuite au rejet de l'accusation, faute de l'établir complètement et conformément à la règle du doute raisonnable. Cependant, une fois cette obligation remplie et si on ne peut lui imputer de motifs

motives cannot be imputed to him, such as the desire, for example, to hide exculpatory evidence, as a general rule, he will be considered to have properly executed this part of his function in the criminal trial. The defence may, at that time, do its work and call its own witnesses, if it considers it appropriate to do so.

L'Heureux-Dubé J. thus stated in *Cook* that "[a]s a general principle, we have recognized that for our system of criminal justice to function well, the Crown must possess a fair deal of discretion" (para. 19). Imposition of a duty to call particular witnesses would unnecessarily constrain the exercise of the Crown's prosecutorial discretion. The statements made in opening and in the course of trial were consistent only with the Crown's intention at that time to call Bourgade, but a statement of intention does not necessarily amount to an undertaking or commitment and the trial judge found in favour of the Crown on that point. Fish and Vallerand J.J.A. considered that in light of the Crown's statements in front of the jury, Bourgade should have been called "[a]bsent an unforeseen impediment or other satisfactory explanation" (p. 222). I agree that the Crown's conduct called for an explanation, but Crown counsel explained that he believed Bourgade would not be a truthful witness. If the Crown's explanation is believed (as it was), I think the trial judge was correct to shift the focus from the dispute about whether the witness should be called to whether and what remedial steps needed to be taken to address any unfairness created by the Crown's change of position.

At that stage, the trial court had a number of options to address any unfairness created by the Crown's change of position, as pointed out by L'Heureux-Dubé J. in *Cook*, at para. 39:

In my view, placing an obligation upon the Crown to call all witnesses with information bearing on the case would disrupt the inherent balance of our adversary system. I note, however, that the accused is also not obliged to call the witness. . . . [T]here are other options which are available to the accused in an appropriate case

inadmissibles, comme la volonté, par exemple, de cacher une preuve à décharge, on estimera, en règle générale, qu'il a exécuté correctement cet aspect de sa fonction dans le procès pénal. De son côté, la défense pourra, à ce moment, faire son travail et produire ses propres témoins, si elle le juge à propos.

Le juge L'Heureux-Dubé dit ensuite dans l'arrêt *Cook*, précité: «Nous avons reconnu comme principe général de bon fonctionnement de notre système de justice criminelle que le ministère public doit disposer d'un assez large pouvoir discrétionnaire» (par. 19). L'imposition de l'obligation de faire entendre des témoins donnés restreindrait inutilement l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public. Les déclarations faites dans l'exposé initial et au cours du procès ne représentaient que l'intention du ministère public, à ces moments-là, de faire entendre Bourgade, mais une déclaration d'intention n'équivaut pas nécessairement à un engagement et le juge du procès a donné raison au ministère public sur cette question. Les juges Fish et Vallerand estimaient que, selon les déclarations du ministère public devant le jury, Bourgade aurait dû être cité [TRADUCTION] «en l'absence d'un empêchement imprévu ou de toute autre explication satisfaisante» (p. 336). Je reconnais que la conduite du ministère public méritait une explication, mais le substitut a expliqué qu'il croyait que Bourgade ne serait pas un témoin sincère. J'estime que, ayant cru l'explication du ministère public, le juge du procès avait raison de considérer que la question n'était plus de savoir si le témoin devait être cité, mais alors celle de savoir s'il y avait matière à réparation, et si oui, laquelle, pour remédier à toute inéquité causée par le revirement du ministère public.

À cette étape, le juge du procès disposait de plusieurs moyens pour remédier à toute inéquité causée par le revirement du ministère public, comme l'a souligné le juge L'Heureux-Dubé dans *Cook*, précité (au par. 39):

À mon avis, forcer le ministère public à citer tous les témoins qui possèdent de l'information ayant un lien avec l'affaire romprait l'équilibre interne de notre système contradictoire. Je note, toutefois, que l'accusé non plus n'est pas obligé de citer le témoin. [. . .] [L']accusé dispose d'autres moyens, dont, notamment, dans les cas

including, but not limited to, asking the trial judge to call the witness, commenting in closing on the witness' absence, or asking the trial judge to comment. [Emphasis in last sentence added.]

It is these "other options" that we are required to address more fully in this case.

2. *The Crown's Conduct Did Not Amount to an Abuse of Process*

18

The Court recognized in *Cook* that, in some circumstances, a perverse or oppressive exercise of the prosecutorial discretion could amount to an abuse of process. Concern about the truthfulness of a witness is not a perverse consideration. In this case, Crown counsel explained to the trial judge why he did not wish to call Bourgade:

[TRANSLATION] Bourgade testified at the preliminary inquiry. What do you want from me if I did not believe him at the end of the preliminary inquiry? Am I going to be forced to put him on the witness stand?

Fish J.A. found it hard to reconcile this explanation with Crown counsel's subsequent decision to put Bourgade's name on the list of Crown witnesses to be called at trial if "he had already concluded that Bourgade was a liar" (p. 220). Even more damaging were his subsequent affirmations in front of the jury that Bourgade would be called. While I share some of Fish J.A.'s misgivings, the fact is the trial judge was there and accepted the explanation and I am not prepared to find that Crown counsel misled the trial court on this point. It is certainly possible that Crown counsel went through the early stages of the trial with the intention of calling Bourgade, and that it was only at the point of actually putting Bourgade in the witness box that he faced up to serious professional misgivings about asking the jury to rely on the man's credibility.

19

The onus to establish an abuse of process on a balance of probabilities rests on an accused: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 69. As the trial judge accepted Crown counsel's explanation

qui s'y prêtent, celui de demander au juge du procès de citer lui-même le témoin, de commenter, lors de la plaidoirie finale, l'absence du témoin ou de demander au juge du procès de faire un commentaire. [Je souligne dans la dernière phrase.]

Ce sont ces «autres moyens» que nous devons examiner plus à fond en l'espèce.

2. *La conduite du ministère public n'équivalait pas à un abus de procédure*

Dans l'arrêt *Cook*, notre Cour a reconnu que, dans certains cas, l'exercice irrégulier ou oppressif du pouvoir discrétionnaire du poursuivant pouvait équivaloir à un abus de procédure. Une préoccupation relative à la sincérité d'un témoin n'est pas une considération irrégulière. En l'espèce, le substitut du procureur général a expliqué au juge du procès pourquoi il ne voulait pas faire entendre Bourgade:

Bourgade a témoigné à l'enquête préliminaire. Qu'est-ce que vous voulez, moi, si je l'ai pas cru à la fin de l'enquête préliminaire est-ce qu'on va me forcer à le mettre dans la boîte?

Le juge Fish a estimé qu'il était difficile de concilier cette explication et la décision ultérieure du substitut d'inscrire le nom de Bourgade sur la liste des témoins à charge devant être entendus au procès [TRADUCTION] «s'il avait déjà conclu que Bourgade était un menteur» (p. 335). Ses affirmations ultérieures devant le jury selon lesquelles Bourgade serait entendu étaient encore plus préjudiciables. Même si je partage certaines réserves du juge Fish, il n'en reste pas moins que le juge du procès était là et qu'il a accepté l'explication; je ne suis donc pas prêt à conclure que le substitut a trompé le juge du procès sur cette question. Il se peut très bien que le substitut ait eu l'intention, au début du procès, de faire entendre Bourgade, et que ce soit seulement au moment de le faire témoigner qu'il a eu de sérieuses inquiétudes, du point de vue professionnel, à demander au jury de se fonder sur la crédibilité de l'homme.

Il incombe à l'accusé de démontrer l'abus de procédure selon la prépondérance des probabilités: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 69. Étant donné que le juge du procès a accepté l'ex-

that he did not call Bourgade because he considered him untruthful, there can be no question here of an abuse of process. Crown counsel, on this view, was acting to protect the integrity of the judicial system, not to compromise it.

L'Heureux-Dubé J. observed in *Cook, supra*, at para. 58, that "oblique motive" (the phrase used in *Lemay, supra*) generally implies improper conduct on the part of the Crown, and where it exists would likely give rise to a legitimate claim for an abuse of process. She added, however, that a concern about the Crown's motive that does not constitute an abuse of process may nevertheless be a factor in deciding what remedial action is appropriate, including the trial judge exercising his or her discretion to have the witness called.

Apart from his concern about Bourgade's truthfulness, Crown counsel may have reasoned that Riendeau's evidence went into the record better than he expected and at that stage he had no desire to expose it to inconsistent statements (which may themselves have been untruthful) emanating from Bourgade. If this was a concern that entered into the exercise by Crown counsel of his discretion, it is a concern shared by any prudent counsel faced with running his case effectively in an adversarial system. It is not the duty of the Crown to bend its efforts to provide the defence with the opportunity to develop and exploit potential conflicts in the prosecution's testimony. This is the stuff of everyday trial tactics and hardly rises to the level of an "oblique motive". Crown counsel is entitled to have a trial strategy and to modify it as the trial unfolds, *provided that the modification does not result in unfairness to the accused*. Where an element of prejudice results (as it did here), remedial action is appropriate.

3. *Was the Jury Entitled to Draw an Adverse Inference from the Crown's Failure to Call Bourgade?*

Cook, supra, listed some possible options to rectify any prejudice created by the Crown's failure to

plication du substitut du procureur général, selon laquelle il n'a pas fait entendre Bourgade parce qu'il pensait qu'il mentait, il ne peut être question d'abus de procédure en l'espèce. De ce point de vue, le substitut cherchait à protéger l'intégrité du système judiciaire et non pas y porter atteinte.

Le juge L'Heureux-Dubé dit dans l'arrêt *Cook*, précité, au par. 58, qu'un «motif inavoué» (expression utilisée dans l'arrêt *Lemay*, précité) suppose généralement un acte d'inconduite de la part du ministère public et que, si tel est le cas, cela peut donner lieu à un cas d'abus de procédure. Elle ajoute cependant qu'un doute au sujet des motifs du ministère public ne constituant pas un abus de procédure est néanmoins un facteur que le juge du procès peut prendre en considération pour décider de la réparation appropriée, notamment l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de faire entendre le témoin.

Il est possible qu'hormis ses doutes sur la sincérité de Bourgade, le substitut du procureur général ait estimé que le témoignage de Riendeau ressortait mieux qu'il ne l'avait prévu et qu'il n'ait pas voulu à cette étape l'exposer à des déclarations divergentes (peut-être fausses) de la part de Bourgade. Si c'est cela qui a dicté la décision du substitut, il a agi comme aurait agi tout avocat prudent qui doit présenter sa preuve de façon efficace dans un système contradictoire. Le ministère public n'est pas tenu de s'efforcer de donner à la défense la possibilité de faire ressortir et d'exploiter les contradictions que peut comporter la déposition des témoins de la poursuite. Il s'agit de tactiques habituelles du procès, et on peut difficilement parler de «motif inavoué». Le substitut a le droit d'avoir une stratégie de procès et de la modifier en cours de route, *pourvu que la modification n'entraîne aucune inéquité pour l'accusé*. En cas de préjudice (comme c'est le cas en l'espèce), il y a lieu à réparation.

3. *Le jury pouvait-il tirer une inférence défavorable de l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade?*

L'arrêt *Cook*, précité, énumère certains moyens permettant de remédier à tout préjudice causé par

20

21

22

call a witness. These included a defence comment on that failure in its closing jury address. The purpose of making such a comment to the jury is inevitably to invite the jury to draw an adverse inference against the Crown's case. The questions at this point are, therefore, What circumstances justify such a comment, and What is the precise content of the adverse inference against the Crown's case that the defence is entitled to request?

l'omission du ministère public de faire entendre un témoin, notamment la possibilité pour la défense de commenter cette omission dans son exposé final au jury. Un tel commentaire vise inévitablement à inciter le jury à tirer une inférence défavorable au ministère public. Les questions qui se posent à cette étape sont donc: Quels cas justifient un tel commentaire et en quoi consiste exactement l'inférence défavorable que la défense a le droit de demander au jury de tirer?

23 Put at its highest, the Crown's failure to call Bourgade could in theory have led the jury to draw the adverse inference that Bourgade's testimony, if called, would have been unfavourable to the Crown. In my view, there was no basis to ask the jury to draw such a strong inference in this case.

Au mieux, l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade aurait théoriquement pu amener le jury à tirer l'inférence défavorable que le témoignage de Bourgade (si on l'avait fait témoigner) aurait nui à la cause du ministère public. J'estime qu'en l'espèce, rien ne permettait de demander au jury de tirer une inférence aussi forte.

24 Neither the defence nor the Crown have suggested that Bourgade would in fact have offered exculpatory evidence. The "adverse inference" principle is derived from ordinary logic and experience, and is not intended to punish a party *who exercises its right not to call the witness* by imposing an "adverse inference" which a trial judge in possession of the explanation for the decision considers to be wholly unjustified.

Ni la défense ni le ministère public n'ont laissé entendre que Bourgade aurait en fait rendu un témoignage disculpatoire. Le principe de l'«inférence défavorable» découle de la simple logique et de l'expérience et ne vise pas à punir la partie *qui exerce son droit de ne pas faire entendre le témoin* en lui imposant une «inférence défavorable» que le juge du procès, connaissant l'explication de cette décision, considère entièrement injustifiée.

25 The general rule developed in civil cases respecting adverse inferences from failure to tender a witness goes back at least to *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, where, at p. 65, Lord Mansfield stated:

La règle générale en matière civile relativement aux inférences défavorables fondées sur l'omission de faire entendre un témoin remonte au moins à la décision *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, à la p. 65, où lord Mansfield a dit:

It is certainly a maxim that all evidence is to be weighed according to the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted.

[TRADUCTION] Il est certes bien établi qu'un témoignage doit être soupesé en fonction de la preuve qu'une partie pouvait produire et que l'autre partie pouvait contredire.

26 The principle applies in criminal cases, but with due regard to the division of responsibilities between the Crown and the defence, as explained below. It is subject to many conditions. The party against whom the adverse inference is sought may, for example, give a satisfactory explanation for the failure to call the witness as explained in *R. v. Rooke* (1988), 40 C.C.C. (3d) 484 (B.C.C.A.), at

Le principe s'applique en matière criminelle, mais sous réserve du partage des responsabilités entre le ministère public et la défense, comme je l'explique plus loin. Ce principe est assujéti à de nombreuses conditions. La partie visée par l'inférence défavorable peut, par exemple, expliquer de façon satisfaisante l'omission de faire entendre le témoin, comme l'a expliqué l'arrêt *R. c. Rooke*

p. 513, quoting *Wigmore on Evidence* (Chadbourne rev. 1979), vol. 2, at § 290:

In any event, the party affected by the inference may of course *explain* it away by showing circumstances which otherwise account for his failure to produce the witness. There should be no limitation upon this right to explain, except that the trial judge is to be satisfied that the circumstances thus offered would, in ordinary logic and experience, furnish a plausible reason for nonproduction. [Italics in original; underlining added.]

The party in question may have no special access to the potential witness. On the other hand, the “missing proof” may lie in the “peculiar power” of the party against whom the adverse inference is sought to be drawn: *Graves v. United States*, 150 U.S. 118 (1893), at p. 121. In the latter case there is a stronger basis for an adverse inference.

One must also be precise about the exact nature of the “adverse inference” sought to be drawn. In J. Sopinka, S. N. Lederman and A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2nd ed. 1999), at p. 297, § 6.321, it is pointed out that the failure to call evidence may, depending on the circumstances, amount “to an implied admission that the evidence of the absent witness would be contrary to the party’s case, or at least would not support it” (emphasis added), as stated in the civil case of *Murray v. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 (Sask. C.A.), at p. 506. The circumstances in which trial counsel decide not to call a particular witness may restrict the nature of the appropriate “adverse inference”. Experienced trial lawyers will often decide against calling an available witness because the point has been adequately covered by another witness, or an honest witness has a poor demeanour, or other factors unrelated to the truth of the testimony. Other jurisdictions also recognize that in many cases the most that can be inferred is that the testimony would not have been helpful to a party, not necessarily that it would have been adverse: *United States v. Hines*, 470 F.2d 225 (3rd Cir. 1972), at p. 230, *certiorari* denied, 410 U.S. 968 (1973); and the Australian cases of *Duke Group Ltd. (in Liquidation) v. Pilmer & Ors*,

(1988), 40 C.C.C. (3d) 484 (C.A.C.-B.), à la p. 513, en citant *Wigmore on Evidence* (Chadbourne rev. 1979), vol. 2, au § 290:

[TRADUCTION] De toute manière, la partie touchée par l’inférence peut évidemment la *réfuter* en exposant les circonstances expliquant son omission de citer le témoin. Son droit d’explication ne doit pas être limité, sauf que le juge du procès doit être convaincu que les circonstances exposées constitueraient, selon la simple logique et l’expérience, une raison plausible pour l’absence de citation. [En italique dans l’original; je souligne.]

La partie en question peut n’avoir aucun accès spécial au témoin éventuel. D’autre part, la «preuve manquante» peut dépendre du «pouvoir particulier» de la partie visée par l’inférence défavorable: *Graves c. United States*, 150 U.S. 118 (1893), à la p. 121. Dans ce dernier cas, il est plus justifié de tirer une inférence défavorable.

Il faut également être précis quant à la nature exacte de l’«inférence défavorable» recherchée. Dans J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (2^e éd. 1999), à la p. 297, § 6.321, on souligne que l’omission de faire entendre un témoignage peut équivaloir, selon le cas, [TRADUCTION] «à l’aveu implicite que la déposition du témoin absent serait défavorable à la cause de la partie ou, du moins, qu’elle ne l’appuierait pas» (je souligne), comme il est mentionné dans l’affaire civile *Murray c. Saskatoon*, [1952] 2 D.L.R. 499 (C.A. Sask.), à la p. 506. Les circonstances dans lesquelles l’avocat du procès décide de ne pas faire entendre un témoin donné peuvent restreindre la nature de l’«inférence défavorable» qui peut en découler. Les plaideurs expérimentés décident souvent de ne pas faire entendre un témoin disponible parce qu’un autre témoin a déjà traité adéquatement de la question, parce qu’un témoin honnête pourrait faire mauvaise impression ou pour d’autres raisons n’ayant rien à voir avec la véracité du témoignage. Dans d’autres ressorts, il est admis que, dans de nombreux cas, on peut inférer au mieux que le témoignage n’aurait pas été à l’avantage de la partie, et non pas nécessairement qu’il aurait été défavorable: *United States c. Hines*, 470 F.2d 225 (3rd Cir. 1972), à la p. 230, *certio-*

27

28

[1998] A.S.O.U. 6529 (QL), and *O'Donnell v. Reichard*, [1975] V.R. 916 (S.C.), at p. 929.

rari refusé, 410 U.S. 968 (1973); et les décisions australiennes *Duke Group Ltd. (in Liquidation) c. Pilmer & Ors*, [1998] A.S.O.U. 6529 (QL), et *O'Donnell c. Reichard*, [1975] V.R. 916 (S.C.), à la p. 929.

29 Applying these principles to the present facts, I think that if Crown counsel's explanation of his change of intention is accepted, the Crown acted in accordance with its ethical responsibilities, and an adverse inference that Bourgade would have given evidence unfavourable to the Crown would not be justified. If nothing had been said about Bourgade to the jury, that would have been an end to the matter. The complicating factor is that Crown counsel, despite his misgivings, twice announced to the jury that Bourgade would be called, and these announcements perhaps led the jury to anticipate that the Crown's case was stronger than it turned out to be. It is because of those announcements that I think a defence comment would have been appropriate.

Appliquant ces principes aux faits de la présente affaire, j'estime que, si on accepte l'explication fournie par le substitut du procureur général quant à son volte-face, le ministère public a agi conformément à ses obligations en matière d'éthique et une inférence défavorable selon laquelle Bourgade aurait rendu un témoignage défavorable au ministère public ne serait pas justifiée. Si rien n'avait été dit au jury au sujet de Bourgade, la question ne se serait pas posée. Le problème réside dans le fait que, en dépit de ses réserves, le substitut a annoncé à deux reprises au jury le témoignage de Bourgade et que, par suite de ces annonces, le jury s'attendait peut-être à ce que la preuve du ministère public soit plus forte que ce qu'elle a été. C'est en raison de ces annonces que j'estime qu'un commentaire de la défense aurait été justifié.

30 Crown counsel's comment had produced an element of prejudice by asserting the existence of corroborative evidence. An adverse inference of "unhelpfulness" would have been a fair result of the Crown's failure to substantiate its assertion.

Les commentaires du substitut du procureur général avaient causé un certain préjudice du fait qu'ils affirmaient l'existence d'un témoignage corroborant. Une inférence défavorable que ce témoignage n'aurait été à son avantage aurait été justifiée du fait que le ministère public n'a pas étayé cette affirmation.

4. *Was the Defence Therefore Entitled to Comment on the Crown's Change of Position in its Jury Address?*

4. *La défense avait-elle donc le droit de commenter le revirement du ministère public dans son exposé au jury?*

31 The defence was asked by the trial judge to state precisely what he intended to say to the jury about the missing witness. Defence counsel made clear the very limited nature of his proposed comment:

Le juge du procès a demandé à l'avocat de la défense de préciser ce qu'il avait l'intention de dire au jury au sujet de l'absence du témoin annoncé. L'avocat a exprimé clairement la portée très limitée du commentaire qu'il voulait faire:

[TRANSLATION] All that I want to point out to the jury is that we would have been perhaps more enlightened if the Crown had called Mr. Bourgade who, according to Mr. Riendeau, was present when St-Pierre returned to the scene. Mr. St-Pierre could have been called, Mr. St-Pierre who was at the scene of the incident, according to

Tout ce que je veux souligner au jury, c'est qu'on aurait peut-être été davantage éclairés si le ministère public avait fait témoigner monsieur Bourgade qui, selon monsieur Riendeau, était présent lorsque St-Pierre est retourné sur les lieux. On aurait pu faire entendre monsieur St-Pierre, monsieur St-Pierre qui est sur les lieux

what Mr. Riendeau said. Why did the Crown not call these witnesses? Period.

(I note, parenthetically, that none of the judges accepted the defence objection to the Crown's failure to call St-Pierre, whose evidence had been rejected as untruthful in other Superior Court proceedings.)

The trial judge took the view that even this limited defence comment would contradict his standard jury instruction on the matter of calling witnesses, as follows:

[TRANSLATION] In a criminal trial, the Crown is not obliged to call all the witnesses who may have knowledge of the questions in issue. . . . The accused is no more obliged than the Crown in this regard. At this point in time, the Crown's case as well as the accused's case is closed. Even if you would like the evidence to be more complete on certain points, you will have to render a verdict on the evidence as it is at this time.

The trial judge therefore said that if defence counsel made the proposed comment (reproduced above), the trial judge would instruct the jury that it was equally open to the defence to call Bourgade. The trial judge's comment had the effect of precluding the defence from commenting on a weakness in the Crown's case, and thereby took away the appropriate remedy to address any unfairness created by the Crown's conduct.

The trial judge's reaction (as well as his standard charge that "[t]he accused is *no more* obliged than the Crown in this regard" (emphasis added)) wrongly equated the position of the Crown and the defence. The accused, on these facts, was not "obliged" at all. He was entitled to the presumption of innocence and the burden was on the Crown to prove him guilty beyond a reasonable doubt. The Crown had a burden of proof to discharge and *was* obliged to call witnesses to deal with the disputed facts. *Wigmore on Evidence, supra*, at § 290, underlines the importance of the burden of proof in relation to the adverse inference issue:

lors de l'incident, selon ce que nous dit monsieur Riendeau. Pourquoi la Couronne n'a-t-elle pas fait entendre ces témoins-là? Point.

(Je souligne en passant qu'aucun des juges n'a accepté l'objection de la défense relative à l'omission du ministère public de citer St-Pierre, dont le témoignage avait été rejeté en raison de sa fausseté par la Cour supérieure dans une autre instance.)

Le juge du procès a estimé que même ce simple commentaire de la défense aurait contredit la directive habituelle qu'il donne au jury au sujet de la comparution des témoins:

Lors d'un procès criminel, la Couronne n'est pas obligée de faire entendre tous les témoins qui peuvent avoir une connaissance des questions en litige [. . .] L'accusé n'a pas plus d'obligation que la Couronne à cet égard. À ce moment-ci, la preuve de la Couronne, aussi bien que [celle] de l'accusé, est close. Même si vous désireriez que la preuve soit plus complète sur certains points, il vous faudra rendre un verdict sur la preuve telle que faite à date.

Le juge du procès a donc dit que, si l'avocat de la défense faisait le commentaire prévu (susmentionné), il informerait le jury qu'il était également loisible à la défense de faire entendre Bourgade. Cette déclaration a pour effet d'empêcher la défense de commenter la faiblesse de la preuve du ministère public et a donc éliminé la réparation appropriée pour remédier à toute inéquité causée par la conduite du ministère public.

La réaction du juge du procès (de même que sa directive normale selon laquelle «[l']accusé *n'a pas plus* d'obligation que la Couronne à cet égard» (italiques ajoutées)) mettait à tort sur le même pied la position du ministère public et celle de la défense. D'après ces faits, l'accusé n'était pas du tout «obligé». Il avait droit à la présomption d'innocence et il incombait au ministère public de prouver sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Celui-ci avait la charge de la preuve et *était* obligé de faire entendre des témoins au sujet des faits en litige. *Wigmore on Evidence, op. cit.*, au § 290, souligne l'importance du fardeau de la preuve relativement à la question de la conclusion défavorable:

32

33

The opponent whose case is a denial of the other party's affirmation has no *burden of persuading the jury*. A party may legally sit inactive, and expect the proponent to prove his own case. Therefore, until the burden of producing evidence has shifted, the opponent has no call to bring forward any evidence at all, and may go to the jury trusting solely to the weakness of the first party's evidence. Hence, though he takes a risk in so doing, yet his failure to produce evidence cannot at this stage afford any inference as to his lack of it; otherwise the first party would virtually be evading his legitimate burden. This distinction has been recognized and is reasonable. [Italics in original; underlining added.]

[TRADUCTION] La partie dont la preuve consiste à réfuter les allégations de l'autre partie n'a pas *le fardeau de convaincre le jury*. Du point de vue juridique, une partie peut demeurer inactive et attendre que le proposant établisse sa propre preuve. Jusqu'au déplacement du fardeau de production de la preuve, l'opposant n'est donc pas tenu de produire quelque élément de preuve que ce soit et peut se présenter devant le jury en se fondant uniquement sur la faiblesse de la preuve du proposant. Par conséquent, même s'il prend un risque en agissant de la sorte, il n'en reste pas moins que son omission de produire des éléments de preuve ne peut pas permettre à cette étape que des conclusions soient tirées relativement à l'absence de preuve; autrement, le proposant échapperait pour ainsi dire au fardeau légitime qui lui incombe. Cette distinction est reconnue et raisonnable. [En italique dans l'original; je souligne.]

34

In light of the importance of Bourgade's expected "corroboration", and the emphasis put on it by the Crown in its opening statement, it was open to the defence to comment on the "missing witness" as well as any other aspect of the Crown's case that might lead to a reasonable doubt. The defence, it will be recalled, merely wanted to point out to the jury "that we would have been perhaps more enlightened if the Crown had called Mr. Bourgade who, according to Mr. Riendeau, was present when St-Pierre returned to the scene". The right of the defence to make such a comment was not dependent on showing the Crown had acted on an "oblique motive" in failing to call the expected witness. In its opening the Crown apparently considered it necessary to call Bourgade to make its case, and had then failed to call Bourgade, arguably acknowledging by its reversal of plans that the case presented against the respondent was not as broadly based as originally anticipated. This was relevant information for the jury to consider. The Crown, not the defence, told the jury about the existence of Bourgade and that he would be part of the Crown's case. The defence was entitled to suggest to the jury that the failure to call Bourgade left an unspecified hole in the Crown's proof.

Compte tenu de l'importance de la «corroboration» prévue de Bourgade et du fait que le ministère public a insisté sur celle-ci dans son exposé préliminaire, il était loisible à la défense de commenter l'absence du témoin annoncé et tout autre aspect de la preuve du ministère public pouvant susciter un doute raisonnable. Il faut rappeler que la défense voulait simplement faire remarquer au jury «qu'on aurait peut-être été davantage éclairés si le ministère public avait fait témoigner monsieur Bourgade qui, selon monsieur Riendeau, était présent lorsque St-Pierre est retourné sur les lieux». Le droit de la défense de faire un tel commentaire ne dépendait pas de la démonstration que le ministère public avait agi selon un «motif inavoué» en omettant de faire entendre le témoin prévu. Dans son exposé préliminaire, le ministère public considérait apparemment nécessaire de faire entendre Bourgade pour établir sa preuve mais ensuite ne l'a pas cité comme témoin, reconnaissant peut-être par son changement de stratégie que la preuve présentée contre l'intimé ne reposait pas sur un fondement aussi large que ce qu'il avait initialement prévu. Il s'agissait là de renseignements pertinents à porter à l'attention du jury. C'est le ministère public, et non pas la défense, qui a informé le jury de l'existence de Bourgade et du fait qu'il le citerait comme témoin. La défense avait le droit de faire valoir au jury que l'omission de faire entendre Bourgade avait laissé un vide dans la preuve du ministère public.

The defence, for the reasons mentioned, was not entitled to suggest that an adverse inference should be drawn that the testimony of Bourgade would have been favourable to the respondent, but defence counsel specifically disavowed any intention of going that far.

The right of the defence to address the jury on what the Crown chooses to put before the jury is fundamental to a fair trial and should only be limited for good and sufficient reason. There was no such reason here.

5. *Did the Trial Judge Err by Failing to Deal in His Jury Instructions With the Crown's Failure to Call Bourgade?*

In *Cook, supra*, L'Heureux-Dubé J. mentioned that one option "in an appropriate case" would be for the trial judge to comment in his or her instruction to the jury on the missing witness (para. 39). An instruction by the trial judge is more significant than a defence comment because it lends the judge's authority to what would otherwise be merely a piece of defence advocacy. As pointed out by Robert J.A. in this appeal, the reference in *Cook* to an "appropriate case" invokes the prior jurisprudence which warns of the dangers of commentary by the trial judge on what is, in effect, counsel's conduct of the case. In *R. v. Zehr* (1980), 54 C.C.C. (2d) 65 (Ont. C.A.), Brooke J.A. emphasized this point, at p. 68:

While permissible in some cases, comment on the failure to call a witness should only be used with great caution. This kind of comment from a trial Judge can seriously affect what might otherwise be the jury's assessment of the credibility of those who do testify and perhaps, more importantly the integrity of the case. Such comment and instruction whether referable to the prosecution or the defence is really a comment on the conduct of the case and the instruction gives it some evidentiary significance.

Pour les motifs susmentionnés, la défense n'avait pas le droit de recommander de tirer l'inférence défavorable que le témoignage de Bourgade aurait été favorable à l'intimé, mais l'avocat de la défense a expressément nié toute intention d'aller aussi loin.

Le droit de la défense de parler au jury de ce que le ministère public choisit de lui soumettre est fondamental pour le caractère équitable du procès et ne doit être limité que pour des motifs valables et suffisants. Il n'y avait aucun motif de la sorte en l'espèce.

5. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en ne donnant aucune directive au jury au sujet de l'omission du ministère public de faire entendre Bourgade?*

Dans l'arrêt *Cook*, précité, le juge L'Heureux-Dubé dit, «dans les cas qui s'y prêtent», consisterait pour le juge du procès à commenter dans son exposé au jury l'absence du témoin annoncé (par. 39). Une directive du juge du procès est plus importante qu'un commentaire de la défense parce qu'elle confère l'autorité du juge à ce qui ne serait autrement qu'un argument de la défense. Comme l'a souligné le juge Robert en l'espèce, la mention dans l'arrêt *Cook* des «cas qui s'y prêtent» s'appuie sur les arrêts antérieurs mettant en garde contre les dangers que comportent les commentaires du juge du procès sur ce qui est, en fait, la conduite de l'affaire par les avocats. Dans l'arrêt *R. c. Zehr* (1980), 54 C.C.C. (2d) 65 (C.A. Ont.), le juge Brooke a souligné ce point (à la p. 68):

[TRADUCTION] Bien qu'ils puissent être permis dans certains cas, les commentaires sur l'omission de faire entendre un témoin ne doivent être utilisés qu'avec beaucoup de prudence. Ce genre de commentaires de la part du juge du procès peut influencer grandement ce qui autrement pourrait être l'évaluation, par le jury, de la crédibilité des témoins et peut-être, ce qui est plus important, de l'intégrité de la preuve. Qu'ils se rapportent à la poursuite ou à la défense, les commentaires de cette nature portent en réalité sur la conduite de l'affaire et la directive leur confère de l'importance au niveau de la preuve.

35

36

37

38 A similar caution was expressed by Martin J.A. in *R. v. Koffman and Hirschler* (1985), 20 C.C.C. (3d) 232 (Ont. C.A.); and by Esson J.A. in *Rooke*, *supra*, at pp. 517-18.

39 It is clear from these authorities that it will rarely be “appropriate” for the trial judge to comment on the failure of the Crown to call a particular witness, and even more rare to do so with respect to the defence. As Brooke J.A. went on to say in *Zehr*, *supra*, at pp. 68-69:

There are many reasons why counsel may choose not to call a witness, and our Courts will rarely question the decision of counsel, for the system proceeds on the basis that counsel conducts the case. Often a witness is not called, and if the reason was known it would not justify an instruction that an adverse inference might be drawn from the witness not being called. Of importance under our system, counsel is not called upon, or indeed permitted, to explain his conduct of a case [to the jury].

Nevertheless, cases calling for judicial comment will arise. Here, for instance, if defence counsel had not been content to pick holes in the prosecution’s case and had gone further to suggest that an adverse inference could appropriately be drawn that Bourgade’s evidence, if called, would have supported the respondent, a correcting instruction would have been warranted. An inappropriate comment by Crown counsel on a missing defence witness would similarly warrant a judicial correction: *R. v. Dupuis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 496 (Ont. C.A.).

40 Much, of course, must be left to the discretion of the trial judge who has a “feel” for the nuances of the trial as it proceeds, and is in the best position to ensure its fairness. Here defence counsel was effectively prevented from alluding to the missing Bourgade. Neither defence nor prosecution made

Une mise en garde similaire a été faite par le juge Martin dans *R. c. Koffman and Hirschler* (1985), 20 C.C.C. (3d) 232 (C.A. Ont.); et par le juge Esson dans *Rooke*, précité, aux pp. 517 et 518.

Il ressort de ces arrêts que les cas «se prêteront» rarement à ce que le juge du procès commente l’omission du ministère public de faire entendre un témoin donné et, encore plus rarement, à ce qu’il le fasse dans le cas de la défense. Comme le juge Brooke l’a ajouté dans l’arrêt *Zehr*, précité (aux pp. 68 et 69):

[TRADUCTION] Il y a de nombreuses raisons pour lesquelles un avocat peut décider de ne pas faire entendre un témoin, et nos tribunaux remettront rarement en question la décision de l’avocat puisque le système repose sur le fondement que l’avocat est maître de sa preuve. Il arrive souvent qu’un témoin ne soit pas entendu et que, si la raison en était connue, cela ne justifierait pas une directive selon laquelle une inférence défavorable pourrait être tirée de ce fait. Chose importante dans notre système, l’avocat n’est pas tenu, et n’a même pas le droit, d’expliquer sa conduite de l’affaire [au jury].

Des cas nécessitant des commentaires de la part du juge se présenteront néanmoins. En l’espèce, par exemple, si l’avocat de la défense ne s’était pas contenté de faire ressortir les failles que comporte la preuve de la poursuite et avait été jusqu’à prétendre qu’on aurait pu à juste titre tirer l’inférence défavorable que le témoignage de Bourgade (si ce dernier avait été entendu) aurait appuyé l’intimé, une directive corrective aurait été justifiée. De même, un commentaire inapproprié du substitut du procureur général sur l’absence d’un témoin annoncé par la défense aurait justifié une correction de la part du juge: *R. c. Dupuis* (1995), 98 C.C.C. (3d) 496 (C.A. Ont.).

Le juge du procès doit naturellement jouir d’une grande latitude, car il est bien en mesure d’apprécier les nuances du procès lors de son déroulement et est le mieux placé pour en assurer le caractère équitable. En l’espèce, on a effectivement empêché l’avocat de la défense de faire allusion à l’absence

any comment and thus no “correction” was called for.

6. *Did the Trial Judge Err in Failing to Warn the Jury Specifically to Disregard Crown Counsel’s Opening Statement Regarding the Nature of Bourgade’s Evidence?*

The trial judge gave the jury the usual instruction that statements by counsel do not constitute evidence, but did not specifically link this instruction to Crown counsel’s opening statement that [TRANSLATION] “You will hear two people, Riendeau and Bourgade, who heard the accused announce his intention to get rid of two of the victims, Leblanc and Lemieux, and were there when he made certain preparations for that crime” (emphasis added).

Although this statement signalled the nature of Bourgade’s evidence, it did not add anything of substance to what the jury was told it could expect to hear from Riendeau, who was subsequently called. In other words, Bourgade was presented to the jury as a corroborative witness who could support in some respects, but not go beyond, Riendeau’s evidence. The trial judge dealt at length in his instruction with the dangers of relying on Riendeau’s uncorroborated testimony, including the warning contemplated in *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. In my view, the trial judge’s decision to deal with the problem raised by the Crown’s opening with a *Vetrovec* warning rather than by dealing specifically with the missing Bourgade was within the ambit of his discretion.

7. *Error of the Trial Judge*

I therefore agree that the trial judge erred in effectively (if not explicitly) preventing defence counsel from commenting on the missing witness Bourgade, but otherwise I would reject, for these reasons and the reasons given by Robert J.A., the

du témoin annoncé, Bourgade. Ni la défense ni la poursuite n’ont fait de commentaire, de sorte qu’aucune «correction» n’était requise.

6. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant d’avertir expressément le jury de ne pas tenir compte de l’exposé préliminaire du ministère public relativement à la nature du témoignage de Bourgade?*

Le juge du procès a donné au jury la directive habituelle, selon laquelle les exposés des avocats ne constituent pas des éléments de preuve, mais il ne l’a pas liée expressément à l’exposé préliminaire du substitut du procureur général, selon lequel «Vous entendrez deux personnes, soit Riendeau et Bourgade, qui ont entendu l’accusé annoncer son intention de se débarrasser de deux des victimes, soit Leblanc et Lemieux, et faire en présence de ces deux-là certaines préparations pour ce crime-là» (je souligne).

Bien que cette déclaration ait indiqué la nature du témoignage de Bourgade, elle n’a rien ajouté d’important à ce qu’on avait dit au jury relativement au témoignage prévu de Riendeau, qui a par la suite été entendu. En d’autres termes, Bourgade a été décrit au jury comme un témoin corroborant, qui pouvait appuyer le témoignage de Riendeau à certains égards, mais sans aller plus loin que celui-ci. Dans sa directive, le juge du procès a longuement parlé des dangers de se fier au témoignage non corroboré de Riendeau et a notamment fait la mise en garde visée dans l’arrêt *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Je suis d’avis que la décision du juge du procès de régler le problème soulevé par le ministère public dans son exposé préliminaire par une mise en garde de type *Vetrovec* plutôt que d’aborder précisément la question de l’absence du témoin annoncé, Bourgade, relevait de son pouvoir discrétionnaire.

7. *L’erreur du juge du procès*

Je conviens donc que le juge du procès a commis une erreur lorsqu’il a de fait (voire de façon explicite) empêché l’avocat de la défense de commenter l’absence du témoin annoncé, Bourgade, mais je suis néanmoins d’avis de rejeter, pour les

41

42

43

various additional objections to the fairness of the trial urged by the respondent in the main appeal and in his cross-appeal.

8. *Availability of the Curative Proviso in This Case*

44

Section 686 of the *Criminal Code* (variously called “the curative proviso” or “the proviso”) allows an appellate court to dismiss an appeal notwithstanding that “the appeal might be decided in favour of the appellant” on an error of law if the court is of the opinion that “no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred”. More precisely, the relevant text of s. 686 provides as follows:

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

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

. . .

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law,

. . .

(b) may dismiss the appeal where

. . .

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

45

In its written submissions to the Quebec Court of Appeal, the Crown defended the rulings of the trial judge on their merits and did not raise the curative proviso as an alternative submission. The possibility of its application was raised in oral argument by that court, and belatedly pursued by the Crown. The respondent contends that, in these circumstances, the Court of Appeal did not have

présents motifs et pour les motifs prononcés par le juge Robert, les divers autres arguments selon lesquels le procès était inéquitable et qui ont été soulevés par l’intimé dans le cadre du pourvoi principal et de son pourvoi incident.

8. *L’application de la disposition réparatrice dans la présente affaire*

L’article 686 du *Code criminel* (appelé indistinctement «la disposition réparatrice» ou «la disposition») permet à une cour d’appel de rejeter un appel malgré le fait que «l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant» en raison d’une erreur de droit si la cour est d’avis «qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit». Plus précisément, les parties pertinentes de l’art. 686 prévoient ce qui suit:

686. (1) Lors de l’audition d’un appel d’une déclaration de culpabilité ou d’un verdict d’inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d’appel:

a) peut admettre l’appel, si elle est d’avis, selon le cas:

. . .

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu’il constitue une décision erronée sur une question de droit,

. . .

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

. . .

(iii) bien qu’elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l’appel pourrait être décidé en faveur de l’appelant, elle est d’avis qu’aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s’est produit;

Dans le mémoire qu’il a soumis à la Cour d’appel du Québec, le ministère public a défendu le bien-fondé des décisions du juge du procès et n’a pas invoqué la disposition réparatrice en tant qu’argument subsidiaire. La possibilité de l’application de cette disposition a été mentionnée par la Cour d’appel lors des plaidoiries et a été invoquée tardivement par le ministère public. L’intimé

the authority to apply s. 686(1)(b)(iii). He relies primarily on two recent decisions of this Court: *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3, and *R. v. McMaster*, [1996] 1 S.C.R. 740. In the *Pétel* case, Lamer C.J. found that the trial judge had erred in the answer he provided to a question from the jury and declined to apply the curative proviso of the *Criminal Code*, stating, at p. 17:

In the Court of Appeal and in this Court, however, counsel for the Crown did not argue that, given the evidence in this case, no substantial wrong or miscarriage of justice occurred, and that s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* should thus be applied. The Crown has the burden of showing that this provision is applicable: *Colpitts v. The Queen*, [1965] S.C.R. 739. This Court cannot apply it *proprio motu*. Having found an error of law in the judge's answer to the question by the jury, I must accordingly dismiss the appeal and affirm the order for a new trial. [Emphasis added.]

In the *McMaster* appeal, Lamer C.J. relied on the above passage and ordered a new trial for both appellants. Again, the Crown had not raised s. 686(1)(b)(iii) of the *Code* in argument.

This aspect of the respondent's argument must be rejected. The onus rests upon the Crown to satisfy the court that there is no reasonable possibility that the verdict would have been different had the trial judge not committed an error of law. It is true that if the Crown does not offer the court oral or written submissions with respect to the application of this statutory provision, the court will not second-guess that exercise of the prosecutor's discretion. That being said, Lamer C.J. did not suggest in *Pétel* or *McMaster* that it would be wrong for a Court of Appeal to raise the issue of the curative proviso, and leave the ultimate decision up to the Crown. The Court would be failing its institutional responsibilities by withholding such a suggestion in circumstances where it thought the issue ought at least to be considered. Ordering a new trial raises significant issues for the administration of justice and the proper allocation of resources.

prétend que, dans ces circonstances, la Cour d'appel n'avait pas le pouvoir d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii). Il se fonde principalement sur deux arrêts récents de notre Cour: *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3, et *R. c. McMaster*, [1996] 1 R.C.S. 740. Dans l'arrêt *Pétel*, le juge en chef Lamer a conclu que le juge du procès avait commis une erreur dans la réponse qu'il avait fournie au jury et a refusé d'appliquer la disposition réparatrice du *Code criminel*, disant, ce qui suit (à la p. 17):

Cependant, en Cour d'appel et devant cette Cour, le procureur de la Couronne n'a pas plaidé que, eu égard à la preuve en l'espèce, il ne s'était produit aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave, donnant ainsi ouverture à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*. La Couronne a le fardeau de démontrer que cette disposition est applicable: *Colpitts c. The Queen*, [1965] R.C.S. 739. Cette Cour ne saurait l'invoquer *proprio motu*. Ayant constaté l'erreur de droit dans la réponse du juge à la question du jury, je dois donc rejeter l'appel et confirmer l'ordonnance de nouveau procès. [Je souligne.]

Dans le pourvoi *McMaster*, le juge en chef Lamer s'est fondé sur l'extrait susmentionné et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour les deux appelants. Dans cette affaire, le ministère public n'avait pas invoqué non plus le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code* dans son argumentation.

Cette facette de l'argumentation de l'intimé doit être rejetée. Il incombe au ministère public de convaincre la cour qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas commis d'erreur de droit. Il est vrai que, si le ministère public décide de ne pas présenter d'argument oral ou écrit sur l'application de cette disposition, la cour ne remettra pas en question l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire du poursuivant. Cela dit, le juge en chef Lamer n'a pas sous-entendu dans *Pétel* ou *McMaster* qu'une cour d'appel aurait tort de soulever la question de la disposition réparatrice et de laisser le ministère public prendre la décision finale. La cour manquerait à ses responsabilités institutionnelles en ne soulevant pas la question dans les cas où elle estime que celle-ci devrait au moins être prise en considération. Ordonner la tenue d'un nouveau procès soulève des questions importantes relative-

Where the evidence against an accused is powerful and there is no realistic possibility that a new trial would produce a different verdict, it is manifestly in the public interest to avoid the cost and delay of further proceedings. Parliament has so provided.

ment à l'administration de la justice et à l'affectation adéquate des ressources. Si la preuve contre l'accusé est forte et qu'il n'y a aucune possibilité réaliste qu'un nouveau procès aboutisse à un verdict différent, il est manifestement dans l'intérêt public d'éviter les coûts et retards qu'entraînent des procédures supplémentaires. C'est ce que le législateur a prévu.

47 The facts of this appeal differ from those in *Pétel* or *McMaster*. While Crown counsel did not raise the curative proviso in his written material to the Court of Appeal, he did so during his oral argument. As Robert J.A. notes at pp. 277-78:

Les faits du présent pourvoi sont différents des affaires *Pétel* et *McMaster*. Même si le ministère public n'a pas soulevé la disposition réparatrice dans le mémoire qu'il a soumis à la Cour d'appel, il l'a fait pendant sa plaidoirie. Comme le juge Robert le souligne (aux pp. 391 et 392):

[TRANSLATION] However, the [Crown] at the hearing before us raised the application of the curative proviso and advanced reasons which tend to show that the [accused] had not suffered any prejudice from the error committed.

Cependant [le ministère public], au cours de l'audition, a soulevé devant nous l'application de la disposition réparatrice et présenté des motifs tendant à démontrer que l'[accusé] n'a subi aucun préjudice de l'erreur commise.

Counsel for the [Crown] argued that if there was an error, this error had not caused the [accused] any prejudice. [Emphasis added.]

En effet, le [ministère public] a plaidé que si erreur il y avait, cette erreur n'avait causé aucun préjudice à l'[accusé]. [Je souligne.]

The Crown having accepted the court's invitation to invoke s. 686(1)(b)(iii) at the time of the hearing, it went on to attempt to satisfy the onus, and joined issue on that point with the defence. In these circumstances, there is no valid procedural objection to the Court of Appeal, after considering the submissions of both sides, addressing the issue whether no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.

Ayant accepté l'invitation de la cour d'invoquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) à l'audience, le ministère public a alors tenté de s'acquitter de la charge de la preuve et a donc lié contestation avec la défense sur cette question. Dans les circonstances, rien ne permet de contester valablement la procédure suivie par la Cour d'appel lorsque, après avoir examiné les arguments des parties, elle s'est penchée sur la question de savoir si un tort important ou une erreur judiciaire grave s'était produit.

9. *Application of Section 686(1)(b)(iii) to the Facts of This Case*

9. *L'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) aux faits de la présente affaire*

48 In this Court, the Crown conceded that the trial judge's conduct amounted, for all practical purposes, to a refusal of defence counsel's request to address the jury on the issue of the Crown's failure to deliver on its stated and restated intention to call Bourgade. The question at this stage is whether there is any reasonable possibility that the verdict would have been different if this error had not

Devant notre Cour, le ministère public a admis que la conduite du juge du procès équivalait, en fait, au refus de faire droit à la demande de la défense d'aborder avec le jury la question de l'omission de donner suite à son intention déclarée et réitérée de faire entendre Bourgade. La question qui se pose à la présente étape est de savoir s'il existe une possibilité raisonnable que le verdict eût

been made: *R. v. Bevan*, [1993] 2 S.C.R. 599, per Major J., at pp. 616-17.

In my view, the curative proviso applies in this case because I do not think that the respondent suffered any significant prejudice to the fairness of his trial by reason of the judge's error. Bourgade's evidence was purely corroborative. Without Bourgade the Crown risked an acquittal because it relied on the evidence of an unsavoury witness, Riendeau, uncorroborated by any other testimony. The Crown's failure to call Bourgade created a potential advantage for the defence.

The defence had no right to compel the Crown to call Bourgade, and waived its own right to do so. There is no issue here of evidence improperly admitted or improperly withheld. There is only an unanswered question put to Riendeau in cross-examination, and the unfulfilled announcement of Bourgade's evidence in the Crown's opening. As to the former issue, the defence question put to Riendeau on cross-examination ("[what is] the reason Mr. Bourgade called you to tell you that . . .?") interrupted by the Crown ("I object. The reason Bourgade called him, it's Bourgade who will tell us that") was, as framed, plainly designed to elicit hearsay and ought not to have been answered irrespective of the Crown's misconceived reference to Bourgade. The case therefore comes down to the prejudicial impact, if any, of the judge's refusal to allow defence counsel to remind the jury of something that *didn't* happen, i.e., Bourgade's appearance. While the missing Bourgade had not been put in the box to corroborate Riendeau's testimony as originally anticipated, the trial judge did remind the jury in his *Vetrovec* warning that Riendeau was an unsavoury witness whose evidence had not been corroborated at all in material aspects. The bottom line is that the jury convicted the respondent largely on the basis of Riendeau's testimony notwithstanding the monumental defence attack on Riendeau's credibility and repeated warnings by the trial judge to approach Riendeau's evidence

été différent si cette erreur n'avait pas été commise: *R. c. Bevan*, [1993] 2 R.C.S. 599, le juge Major, aux pp. 616 et 617.

À mon avis, la disposition réparatrice s'applique en l'espèce, car je ne crois pas que l'erreur du juge ait causé un préjudice important à l'équité du procès de l'intimé. Le témoignage de Bourgade était purement corroborant. Sans Bourgade, le ministère public risquait l'acquiescement parce qu'il s'appuyait sur la déposition d'un témoin douteux, Riendeau, non corroborée par un autre témoignage. Le fait que le ministère public n'ait pas fait témoigner Bourgade aurait pu donner l'avantage à la défense.

La défense n'avait pas le droit de forcer le ministère public à faire entendre Bourgade et elle a renoncé à son propre droit de le citer comme témoin. Il n'est pas question en l'espèce d'éléments de preuve admis ou non divulgués à tort. Il y a seulement une question sans réponse posée à Riendeau en contre-interrogatoire et l'annonce sans suite du témoignage de Bourgade dans l'exposé initial du ministère public. Quant à la première question, soit celle posée par la défense à Riendeau en contre-interrogatoire («Et la raison pour laquelle monsieur Bourgade vous appelle pour vous dire ça c'est parce que . . .»), suivie de l'interruption du ministère public («Je m'objecte. La raison pour laquelle Bourgade l'appelle, c'est Bourgade qui va nous le dire»), telle qu'elle est formulée, visait manifestement à obtenir une réponse fondée sur le oui-dire et ne devait recevoir aucune réponse malgré le fait que le ministère public ait, à tort, mentionné le témoignage de Bourgade. L'affaire se résume donc à l'effet préjudiciable, s'il existe, du refus du juge d'autoriser l'avocat de la défense à rappeler au jury quelque chose qui *ne s'est pas* produit, à savoir la comparaison de Bourgade. Même si le témoin annoncé, Bourgade, n'a pas été cité pour corroborer le témoignage de Riendeau, contrairement à ce qui était initialement prévu, le juge du procès a rappelé au jury dans sa mise en garde de type *Vetrovec* que Riendeau était un témoin douteux dont la déposition n'avait pas été du tout corroborée sur des éléments importants. En fin de compte, le jury a

49

50

with great caution. On this point, I agree with Professor Mewett that:

It does not usurp the function of the jury to hold that the verdict must necessarily have been the same so long as consideration is given not only to the amount of the evidence against the accused, but also to any finding that the jury must have made on the basis of the evidence properly before them.

(A. W. Mewett, "No Substantial Miscarriage of Justice", in A. N. Doob and E. L. Greenspan, eds., *Perspectives in Criminal Law* (1985), 81, at p. 102.)

51 The alleged prejudice to defence tactics was defence counsel's loss of opportunity to work Riendeau and Bourgade into contradicting each other in their collective incrimination of the respondent. It would be speculative in the extreme to suggest that the damage to the defence by Bourgade's corroboration of significant parts of Riendeau's testimony could (or would) have been outweighed by such contradictions (if any) on secondary matters.

52 The contrary view accepted by the majority of the Court of Appeal was that "the [accused's] right to a fair trial was compromised" because of "the *combined effect*" of a number of factors, only one of which was the judge's "impairment of defence counsel's right, in the circumstances, to comment on Bourgade's absence" (p. 219). The other factors that concerned the Court of Appeal related to the conduct of Crown counsel in promising, then failing to call, Bourgade's evidence, with an explanation which the trial judge (albeit not the Court of Appeal) was prepared to accept. With respect, I do not see these factors as cumulative. Without the Crown's comments in relation to Bourgade, the defence would not have had the basis to make its proposed comment in the first place. The original complaints merged, in a manner of speaking, in

déclaré l'intimé coupable en se fondant en grande partie sur le témoignage de Riendeau malgré les nombreuses tentatives de la défense de miner la crédibilité de ce dernier et malgré les nombreuses mises en garde du juge du procès selon lesquelles il fallait aborder le témoignage de Riendeau avec beaucoup de prudence. À cet égard, je partage l'avis du professeur Mewett:

[TRADUCTION] Ce n'est pas usurper la fonction du jury que de conclure que le verdict aurait nécessairement été le même, dans la mesure où on a tenu compte non seulement du poids de la preuve contre l'accusé, mais également de toute inférence que le jury doit avoir tirée de la preuve qui lui a régulièrement été soumise.

(A. W. Mewett, «No Substantial Miscarriage of Justice», dans A. N. Doob et E. L. Greenspan, dir., *Perspectives in Criminal Law* (1985), 81, à la p. 102.)

Le préjudice qui aurait été causé aux tactiques de la défense consiste dans l'impossibilité pour l'avocat de la défense d'amener Riendeau et Bourgade à se contredire dans leur incrimination collective de l'intimé. Il serait beaucoup trop hypothétique de dire que ces contradictions (le cas échéant), sur des questions secondaires, auraient pu l'emporter (ou l'auraient emporté) sur le dommage causé à la défense par la corroboration par Bourgade de parties importantes du témoignage de Riendeau.

Selon l'opinion contraire acceptée par les juges majoritaires de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «il a été porté atteinte au droit de [l'accusé] à un procès équitable» en raison des «*effets conjugués*» de nombreux facteurs, dont l'un seulement était, de la part du juge, «l'atteinte au droit de l'avocat de la défense, dans les circonstances, de commenter l'absence de Bourgade» (p. 333). Les autres facteurs qui préoccupaient la Cour d'appel étaient liés à la conduite du substitut du procureur général, qui avait promis de faire entendre le témoignage de Bourgade, pour ensuite ne pas tenir sa promesse, et qui a fourni à cet égard une explication que le juge du procès (quoique pas la Cour d'appel) était prêt à accepter. Avec égards, je ne considère pas ces facteurs comme cumulatifs. Au départ, si le ministère public n'avait pas mentionné Bourgade, la défense

the remedy. The only question at this stage is whether and to what extent the effective denial of that remedy impacted on the outcome of the trial.

In my view, there is no reasonable possibility that the verdict would have been any different if the trial judge's error had not been made. While there were some inconsistencies in the testimony of the Crown's main witness, Riendeau, explanations were offered for these inconsistencies and it was open to the jury to accept or reject them. In the three days it took to cross-examine Riendeau, the defence had ample opportunity to effectively challenge his credibility in the eyes of the jury, and did a thorough job with what they had to work with. The trial judge thoroughly instructed the jury on the theories of both the defence and the Crown, as well as the dangers of relying solely on Riendeau's testimony. The fact defence counsel was not permitted to comment on the missing witness does not mean the jury had forgotten that what had been promised by the Crown had not been delivered.

The application of s. 686(1)(b)(iii) requires the court to consider the seriousness of the error in question, the effect it likely had upon the jury's inference-drawing process and the probable guilt of the accused on the basis of the legally admissible evidence untainted by the error (Mewett, *supra*, at p. 98). While the trial judge erred, the error did not vitiate the fairness of the trial in any significant way. Nor is there any *reasonable* possibility that the proposed defence comment would have changed the outcome of the trial. The fact is that the jury was willing to convict the respondent on the basis of Riendeau's uncorroborated evidence. Despite the defence attack and the judge's warning, the jury clearly must have accepted Riendeau's version of events. Even if the trial judge had allowed defence counsel to criticize the Crown's failure to call a further Crown witness, there is no reasonable possibility, in my view, that

n'aurait eu aucun motif pour faire le commentaire qu'elle voulait faire. Les plaintes initiales se fondent, pour ainsi dire, dans la réparation. La seule question à ce stade-ci est de savoir si le refus de fait d'accorder cette réparation a eu un effet sur l'issue du procès et dans quelle mesure.

À mon avis, il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict eût été différent si le juge du procès n'avait pas commis l'erreur. Même s'il y avait des contradictions dans la déposition du témoin principal du ministère public, Riendeau, des explications ont été fournies à leur égard et il était loisible au jury de les accepter ou de les rejeter. Au cours des trois jours qu'il a fallu pour contre-interroger Riendeau, la défense a eu l'entière possibilité de mettre vraiment en doute sa crédibilité aux yeux du jury et elle a exploité à fond les éléments dont elle disposait. Le juge du procès a donné des directives complètes au jury relativement aux thèses de la défense et du ministère public de même que sur les dangers de se fier uniquement au témoignage de Riendeau. Le fait que l'avocat de la défense n'ait pas été autorisé à commenter l'absence du témoin annoncé ne signifie pas que le jury ait oublié que le ministère public n'a pas tenu parole.

Selon le sous-al. 686(1)(b)(iii), la cour doit examiner la gravité de l'erreur en question, l'effet qu'elle a vraisemblablement eu sur le processus d'inférence du jury et la probabilité de culpabilité de l'accusé d'après la preuve légalement admissible non viciée par l'erreur (Mewett, *loc. cit.*, à la p. 98). Même si le juge du procès a commis une erreur, celle-ci n'a pas porté atteinte au caractère équitable du procès de façon importante. Il n'y a pas non plus de possibilité *raisonnable* que le commentaire que voulait faire la défense aurait changé l'issue du procès. Le fait est que le jury était prêt à déclarer l'intimé coupable en s'appuyant sur le témoignage non corroboré de Riendeau. Malgré les doutes qu'a tenté de soulever la défense et la mise en garde du juge, il est évident que le jury a cru la version de Riendeau. J'estime que, même si le juge du procès avait autorisé l'avocat de la défense à critiquer l'omission du ministère public de faire

the jury's verdict would have been different. I would therefore allow the appeal.

The Cross-Appeal

55 The respondent cross-appeals on two separate grounds, both of which were dismissed by Robert J.A. for a unanimous Court of Appeal. Firstly, the respondent argues that, during their deliberations, the members of the jury had inappropriate contacts with several police officers which called for a stay of proceedings. Secondly, the respondent submits that the late disclosure by the Crown of Nicole Lalonde's statement to police deprived the respondent of his right to make full answer and defence. The respondent asks this Court to order a new trial on these grounds as well. For the reasons expressed by Robert J.A. in the court below, I would dismiss the cross-appeal.

Disposition

56 The Crown's appeal is allowed. The Quebec Court of Appeal's order for a new trial is set aside and the guilty verdict against the respondent restored. The respondent's cross-appeal is dismissed for the reasons of Robert J.A.

Appeal allowed and convictions restored. Cross-appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Henri-Pierre Labrie, Longueuil, Quebec.

Solicitor for the respondent: Alain Brassard, Salaberry-de-Valleyfield, Quebec.

entendre un autre témoin, il n'y a aucune possibilité raisonnable que le verdict du jury eût été différent. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

Le pourvoi incident

L'intimé interjette un pourvoi incident pour deux motifs distincts, lesquels ont été rejetés par le juge Robert, avec l'unanimité de la Cour d'appel. Premièrement, l'intimé prétend que, lors de leurs délibérations, les membres du jury ont eu des communications inappropriées avec plusieurs policiers, ce qui exigeait l'arrêt des procédures. Deuxièmement, l'intimé soutient que la divulgation tardive par le ministère public de la déclaration de Nicole Lalonde à la police l'a privé du droit de présenter une défense pleine et entière. L'intimé demande à notre Cour d'ordonner la tenue d'un nouveau procès également pour ces motifs. Pour les motifs exprimés par le juge Robert, en cour d'appel, je suis d'avis de rejeter le pourvoi incident.

Dispositif

Le pourvoi du ministère public est accueilli. L'ordonnance de la tenue d'un nouveau procès de la Cour d'appel du Québec est annulée et le verdict de culpabilité contre l'intimé est rétabli. Le pourvoi incident de l'intimé est rejeté pour les motifs rédigés par le juge Robert.

Pourvoi accueilli et déclarations de culpabilité rétablies. Pourvoi incident rejeté.

Procureur de l'appelante: Henri-Pierre Labrie, Longueuil (Québec).

Procureur de l'intimé: Alain Brassard, Salaberry-de-Valleyfield (Québec).

A.R.B. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. A.R.B.

Neutral citation: 2000 SCC 30.

File No.: 26918.

2000: June 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Evidence — Sexual offences — Trial judge rejecting line of evidence sought to be adduced by accused — Accused convicted of sexual offences — No basis to interfere with trial judge's discretion to exclude evidence — Conviction affirmed.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 361, 113 O.A.C. 286, 128 C.C.C. (3d) 457, 18 C.R. (5th) 241, [1998] O.J. No. 3648 (QL), dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of sexual intercourse with a female under 14 and indecent assault. Appeal dismissed.

Robert J. Reynolds, for the appellant.*J. Sandy Tse*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We would all dismiss the appeal. The admission of the evidence was a matter in the discretion of the trial judge. Taking all the circumstances into account, we see no basis to

A.R.B. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. A.R.B.

Référence neutre: 2000 CSC 30.

N° du greffe: 26918.

2000: 13 juin.

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

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

Droit criminel — Preuve — Infractions d'ordre sexuel — Juge du procès rejetant certains éléments de preuve que désirait présenter l'accusé — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel — Absence de raison d'intervenir dans l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve — Déclaration de culpabilité confirmée.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 361, 113 O.A.C. 286, 128 C.C.C. (3d) 457, 18 C.R. (5th) 241, [1998] O.J. No. 3648 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations de relations sexuelles avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans et d'attentat à la pudeur. Pourvoi rejeté.

Robert J. Reynolds, pour l'appellant.*J. Sandy Tse*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis de rejeter l'appel. L'admission des éléments de preuve relevait du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Compte tenu de toutes les circons-

interfere in the exercise of that discretion. The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Reynolds O'Brien Kline & Selick, Belleville, Ontario.

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

tances, nous ne voyons aucune raison d'intervenir dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L'appel est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Reynolds O'Brien Kline & Selick, Belleville, Ontario.

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

IN THE MATTER OF Section 27(1) of the
Judicature Act, R.S.A. 1980, chapter J-1

DANS L'AFFAIRE DU paragraphe 27(1) de
la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chapitre 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 461/96 respecting the
Firearms Act, S.C. 1995, chapter 39

ET DANS L'AFFAIRE DE questions
déférées par le lieutenant gouverneur en
conseil à la Cour d'appel de l'Alberta dans
le décret 461/96 relativement à la *Loi sur les
armes à feu*, L.C. 1995, chapitre 39

The Attorney General for Alberta *Appellant*

Le procureur général de l'Alberta *Appelant*

v.

c.

The Attorney General of
Canada *Respondent*

Le procureur général du Canada *Intimé*

and

et

The Attorney General for Ontario, the
Attorney General of Nova Scotia, the
Attorney General for New Brunswick, the
Attorney General of Manitoba, the Attorney
General for Saskatchewan, the Government
of the Northwest Territories, the Minister of
Justice for the Government of the Yukon
Territory, the Federation of Saskatchewan
Indian Nations, the Coalition of Responsible
Firearm Owners and Sportsmen (CORFOS),
the Law-Abiding Unregistered Firearms
Association (LUFA), the Shooting
Federation of Canada, the Association pour
la santé publique du Québec inc., the
Alberta Council of Women's Shelters,
CAVEAT, the Fondation des victimes du
6 décembre contre la violence, the Canadian
Association for Adolescent Health, the
Canadian Pediatric Society, the Coalition for
Gun Control, the Canadian Association of
Chiefs of Police, the Corporation of the City
of Toronto, the City of Montreal and the
City of Winnipeg *Intervenors*

Le procureur général de l'Ontario, le
procureur général de la Nouvelle-Écosse, le
procureur général du Nouveau-Brunswick,
le procureur général du Manitoba, le
procureur général de la Saskatchewan, le
gouvernement des Territoires du Nord-
Ouest, le ministre de la Justice du
gouvernement du Territoire du Yukon, la
Federation of Saskatchewan Indian Nations,
la Coalition of Responsible Firearm Owners
and Sportsmen (CORFOS), la Law-Abiding
Unregistered Firearms Association (LUFA),
la Fédération de tir du Canada,
l'Association pour la santé publique du
Québec inc., l'Alberta Council of Women's
Shelters, CAVEAT, la Fondation des
victimes du 6 décembre contre la violence,
l'Association canadienne pour la santé des
adolescents, la Société canadienne de
pédiatrie, la Coalition for Gun Control,
l'Association canadienne des chefs de police,
la Corporation de la cité de Toronto, la
Ville de Montréal et la Ville de
Winnipeg *Intervenants*

INDEXED AS: REFERENCE RE *FIREARMS ACT* (CAN.)

Neutral citation: 2000 SCC 31.

File No.: 26933.

2000: February 21, 22; 2000: June 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Division of powers — Criminal law power — Firearms — Licensing and registration of ordinary firearms — Whether licensing and registration provisions of Firearms Act intra vires Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Firearms Act, S.C. 1995, c. 39.

In 1995, Parliament amended the *Criminal Code* by enacting the *Firearms Act*. The amendments require the holders of all firearms to obtain licences and register their guns. Alberta referred constitutional questions to the Court of Appeal to determine whether the licensing and registration provisions of the *Firearms Act*, as they relate to ordinary firearms, are *intra vires* Parliament. The majority of the Court of Appeal concluded that the Act is a valid exercise of Parliament's criminal law power. Alberta appealed to this Court.

Held: The appeal should be dismissed. The impugned provisions of the *Firearms Act* are constitutional.

The *Firearms Act* constitutes a valid exercise of Parliament's jurisdiction over criminal law. The Act in "pith and substance" is directed to enhancing public safety by controlling access to firearms. Its purpose is to deter the misuse of firearms, control those given access to guns, and control specific types of weapons. It is aimed at a number of "mischiefs", including the illegal trade in guns, both within Canada and across the border with the United States, and the link between guns and violent crime, suicide, and accidental deaths. The purpose of the *Firearms Act* conforms with the historical public safety focus of all gun control laws. The changes introduced by the Act represent a limited expansion of the pre-existing gun control legislation. The effects of the Act also suggest that its essence is the promotion of

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À LA *LOI SUR LES ARMES À FEU* (CAN.)

Référence neutre: 2000 CSC 31.

N° du greffe: 26933.

2000: 21, 22 février; 2000: 15 juin.

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

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

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Compétence en matière de droit criminel — Armes à feu — Permis et enregistrement des armes à feu ordinaires — Les dispositions de la Loi sur les armes à feu relatives aux permis et à l'enregistrement sont-elles de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39.

En 1995, le Parlement a modifié le *Code criminel* en adoptant la *Loi sur les armes à feu*. Les modifications obligent tous les détenteurs d'armes à feu à obtenir un permis et à enregistrer leurs armes. L'Alberta a demandé à la Cour d'appel, par renvoi, de déterminer si les dispositions de la *Loi sur les armes à feu* relatives aux permis et à l'enregistrement à l'égard des armes à feu ordinaires sont de la compétence du Parlement. La Cour d'appel a conclu à la majorité que la Loi était un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. L'Alberta fait appel devant notre Cour.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté. Les dispositions contestées de la *Loi sur les armes à feu* sont constitutionnelles.

L'adoption de la *Loi sur les armes à feu* est un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. De par son «caractère véritable», la Loi vise à améliorer la sécurité publique en régissant l'accès aux armes à feu. Elle a pour objectif la dissuasion de l'usage abusif des armes à feu, le contrôle des personnes ayant accès à des armes à feu et le contrôle de types précis d'armes. Elle vise un certain nombre de «maux», notamment le commerce illégal des armes à feu, à l'intérieur du Canada et à l'extérieur avec les États-Unis, et le lien entre les armes à feu et les crimes de violence, les suicides et les morts accidentelles. L'objet de la *Loi sur les armes à feu* correspond à celui de toutes les lois relatives au contrôle des armes à feu qui sont traditionnellement axées sur la sécurité publique. Les modifications

public safety. The criteria for acquiring a licence are concerned with safety. Criminal record checks and background investigations are designed to keep guns out of the hands of those incapable of using them safely. Safety courses ensure that gun owners are qualified.

The *Firearms Act* possesses all three criteria required for a criminal law. Gun control has traditionally been considered valid criminal law because guns are dangerous and pose a risk to public safety. The regulation of guns as dangerous products is a valid purpose within the criminal law power. That purpose is connected to prohibitions backed by penalties.

The *Firearms Act* is not essentially regulatory legislation. The Act's complexity does not necessarily detract from its criminal nature. Nor does the law give either the chief firearms officer or the Registrar undue discretion. The offences are clearly defined in the Act. The chief firearms officer and the Registrar are explicitly subject to the supervision of the courts. Further, the law's prohibitions and penalties are not regulatory in nature. They are not confined to ensuring compliance with a scheme, but independently serve the purpose of public safety. Parliament's intention was not to regulate property, but to ensure that only those who prove themselves qualified to hold a licence are permitted to possess firearms of any sort. Finally, Parliament may use indirect means to further the end of public safety.

The 1995 gun control scheme is distinguishable from existing provincial property regulation schemes. The Act addresses the aspects of gun control which relate to the dangerous nature of firearms and the need to reduce misuse. While ordinary guns are often used for lawful purposes, they are also used for crime and suicide, and cause accidental death and injury. Their control accordingly falls within the criminal law power.

The registration provisions cannot be severed from the rest of the Act. The licensing provisions require everyone who possesses a gun to be licensed; the registra-

introduites par la Loi constituent un accroissement limité de la portée des dispositions antérieures sur le contrôle des armes à feu. Les effets de la Loi indiquent également que son essence même est la promotion de la sécurité publique. Les critères d'obtention d'un permis sont liés à la sécurité. La vérification du casier judiciaire et l'enquête sur les antécédents visent à garder les armes à feu hors de la possession de ceux qui sont incapables de les utiliser avec sûreté. Les cours sur la sécurité permettent de vérifier que les propriétaires d'armes à feu sont qualifiés.

La *Loi sur les armes à feu* possède les trois critères requis pour relever du droit criminel. Le contrôle des armes à feu est traditionnellement considéré comme relevant valablement du droit criminel parce que les armes à feu sont dangereuses et constituent un risque pour la sécurité publique. La réglementation des armes à feu en tant que produits dangereux est un objet valide de droit criminel. Cet objet est lié à des interdictions assorties de sanctions.

La *Loi sur les armes à feu* ne tient pas essentiellement de la réglementation. Sa complexité ne lui enlève pas nécessairement son caractère pénal. La loi ne confère pas un pouvoir discrétionnaire indu au contrôleur des armes à feu ou au directeur. Les infractions sont clairement définies dans la Loi. Le contrôleur des armes à feu et le directeur sont expressément soumis à la surveillance des tribunaux. En outre, les interdictions et les sanctions de la loi ne sont pas de nature réglementaire. Elles ne se limitent pas à assurer le respect du régime, mais servent de façon indépendante les fins de la sécurité publique. Le Parlement ne visait pas à réglementer la propriété, mais à assurer que seuls seront autorisés à posséder une arme à feu ceux qui démontrent qu'ils satisfont aux conditions d'obtention des permis. Enfin, le Parlement peut utiliser des moyens indirects pour atteindre les fins de la sécurité publique.

Le régime de 1995 sur le contrôle des armes à feu se différencie de régimes provinciaux actuels de réglementation des biens. La Loi traite des aspects du contrôle des armes à feu qui ont trait à leur nature dangereuse et à la nécessité d'en réduire l'usage abusif. Les armes à feu ordinaires sont souvent utilisées à des fins licites, mais elles le sont également pour le crime et le suicide, et causent des morts et des blessures accidentelles. Leur contrôle relève donc de la compétence en matière criminelle.

Les dispositions relatives à l'enregistrement ne peuvent être retranchées de la Loi. Les dispositions relatives aux permis obligent quiconque possède une arme à feu à

tion provisions require all guns to be registered. These portions of the *Firearms Act* are both tightly linked to Parliament's goal of promoting safety by reducing the misuse of any and all firearms. Both portions are integral and necessary to the operation of the scheme.

The *Firearms Act* does not trench on provincial powers such that upholding it as criminal law will upset the balance of federalism. The provinces have not established that the effects of the Act on provincial jurisdiction over property and civil rights are more than incidental. First, the mere fact that guns are property does not suffice to show that a gun control law is in pith and substance a provincial matter. Second, the Act does not significantly hinder the ability of the provinces to regulate the property and civil rights aspects of guns. Third, assuming (without deciding) that the provincial legislatures have the jurisdiction to enact a law in relation to the property aspects of firearms, the double aspect doctrine permits Parliament to address the safety aspects of ordinary firearms. Fourth, the *Firearms Act* does not precipitate the federal government's entry into a new field since gun control has been the subject of federal law since Confederation. There is no colourable intrusion into provincial jurisdiction.

The problems associated with the misuse of firearms are firmly grounded in morality. However, even if gun control did not involve morality, it could still fall under the federal criminal law power. Parliament can use the criminal law to prohibit activities which have little relation to public morality.

The apprehensions of northern, rural and aboriginal Canadians that this law does not address their particular needs do not go to the question of Parliament's jurisdiction to enact the law. The cost of the program and the efficacy of the law, or lack thereof, are equally irrelevant to Parliament's ability to enact it under the division of powers analysis. Within its constitutional sphere,

obtenir un permis; les dispositions relatives à l'enregistrement exigent l'enregistrement de toutes les armes à feu. Ces catégories de dispositions de la *Loi sur les armes à feu* sont étroitement liées au but visé par le Parlement, la promotion de la sécurité par la réduction de l'usage abusif de toutes les armes à feu. Ces deux catégories sont partie intégrante et nécessaire du régime.

La *Loi sur les armes à feu* n'empiète pas tant sur les pouvoirs des provinces que la confirmation qu'elle relève du droit criminel rompra l'équilibre du fédéralisme. Les provinces n'ont pas démontré que les effets de la Loi sur les pouvoirs provinciaux sur la propriété et les droits civils étaient plus que secondaires. Premièrement, le simple fait que les armes à feu sont des biens ne suffit pas pour démontrer que, de par son caractère véritable, une loi sur le contrôle des armes à feu relève d'une matière provinciale. Deuxièmement, la Loi ne nuit pas de façon importante à la capacité des provinces de réglementer la propriété et les droits civils relativement aux armes à feu. Troisièmement, à supposer (sans le décider) que les législatures provinciales aient le pouvoir d'adopter une loi sur les aspects relatifs à la propriété des armes à feu ordinaires, la théorie du double aspect permet au Parlement d'en réglementer les aspects relatifs à la sécurité. Quatrièmement, la *Loi sur les armes à feu* n'entraîne pas le gouvernement fédéral dans un nouveau domaine parce que le contrôle des armes à feu fait l'objet du droit fédéral depuis la Confédération. Il n'y a aucun empiètement déguisé dans les domaines provinciaux.

Les problèmes découlant de l'usage abusif des armes à feu sont étroitement liés à la moralité. Cependant, même si le contrôle des armes à feu ne comportait pas d'aspect moral, il pourrait néanmoins relever de la compétence fédérale en matière criminelle. Le Parlement peut utiliser le droit criminel pour interdire des activités peu liées à la moralité publique.

Les craintes des Canadiens des régions nordiques et rurales et celles des Canadiens autochtones que cette loi ne tienne pas compte de leurs besoins particuliers ne concernent pas la question de la compétence du Parlement pour l'adopter. Le coût du programme et l'efficacité, ou le manque d'efficacité, de la loi sont également sans pertinence pour déterminer si le Parlement a le pouvoir de l'adopter en vertu de l'analyse relative au partage des pouvoirs. Dans le cadre de ses compétences constitutionnelles, c'est au Parlement qu'il appartient de

Parliament is the judge of whether a measure is likely to achieve its intended purpose.

juger s'il est probable qu'une mesure atteindra le but poursuivi.

Cases Cited

Applied: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; **referred to:** *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284; *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 30 A.R. 83; *Martinoff v. Dawson* (1990), 57 C.C.C. (3d) 482; *R. v. Northcott*, [1980] 5 W.W.R. 38; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501; *R. v. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 312; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43; *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940; *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497; *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *R. v. Chiasson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 195, aff'd [1984] 1 S.C.R. 266; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; **arrêts mentionnés:** *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117; *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284; *Attorney General of Canada c. Pattison* (1981), 30 A.R. 83; *Martinoff c. Dawson* (1990), 57 C.C.C. (3d) 482; *R. c. Northcott*, [1980] 5 W.W.R. 38; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501; *R. c. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 312; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43; *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940; *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *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. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497; *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368; *R. c. Chiasson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 195, conf. par [1984] 1 R.C.S. 266; *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310.

Statutes and Regulations Cited

- Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.).
- Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(13).
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 “firearm” [ad. 1995, c. 39, s. 138], 84, 85 [repl. *idem*, s. 139], 86 [*idem*], 87 [*idem*], 91 [*idem*].
- Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, ss. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 112, 115.
- Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.

Authors Cited

- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Beatty, David M. “Gun Control and Judicial Anarchy” (1999), 10 *Constitutional Forum* 45.
- Canada. Department of Justice. *The Government’s Action Plan on Firearms Control*. Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 1994.
- Canada. Department of Justice. *The Impact of the Availability of Firearms on Violent Crime, Suicide, and Accidental Death: A Review of the Literature with Special Reference to the Canadian Situation*. Working Document by Thomas Gabor. Ottawa: Department of Justice Canada, 1994.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. 133, No. 154, 1st Sess., 35th Parl., February 16, 1995, pp. 9706-7.
- Canada. Senate. Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. Proceeding of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. Issue No. 61. Ottawa: Queen’s Printer for Canada, 1995.
- Davies, Elaine M. “The 1995 Firearms Act: Canada’s Public Relations Response to the Myth of Violence” (2000), 6 *Appeal* 44.
- Friedland, Martin L. *A Century of Criminal Justice: Perspectives on the Development of Canadian Law*. Toronto: Carswell, 1984.
- Gibson, Dale. “The *Firearms Reference* in the Alberta Court of Appeal” (1999), 37 *Alta. L. Rev.* 1071.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997).
- Hutchinson, Allan C., and David Schneiderman. “Smoking Guns: The Federal Government Confronts The Tobacco and Gun Lobbies” (1995), 7 *Constitutional Forum* 16.

Lois et règlements cités

- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 «arme à feu» [aj. 1995, ch. 39, art. 138], 84, 85 [repl. *idem*, art. 139], 86 [*idem*], 87 [*idem*], 91 [*idem*].
- Loi canadienne sur la protection de l’environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.).
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(13).
- Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.
- Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, art. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15, 16, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 64, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 74, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 112, 115.

Doctrine citée

- Beatty, David M. *Constitutional Law in Theory and Practice*. Toronto: University of Toronto Press, 1995.
- Beatty, David M. «Gun Control and Judicial Anarchy» (1999), 10 *Forum Constitutionnel* 45.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n^o 154, 1^{re} sess., 35^e lég., 16 février 1995, pp. 9706 et 9707.
- Canada. Ministère de la Justice. *Les conséquences de la disponibilité des armes à feu sur les taux de crime de violence, de suicide et de décès accidentel: Rapport sur la littérature concernant en particulier la situation au Canada*. Document de travail de Thomas Gabor. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1994.
- Canada. Ministère de la Justice. *Plan d’action du gouvernement sur le contrôle des armes à feu*. Ottawa: Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 1994.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. Fascicule n^o 61. Ottawa: Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1995.
- Davies, Elaine M. «The 1995 Firearms Act: Canada’s Public Relations Response to the Myth of Violence» (2000), 6 *Appeal* 44.
- Friedland, Martin L. *A Century of Criminal Justice: Perspectives on the Development of Canadian Law*. Toronto: Carswell, 1984.
- Gibson, Dale. «The *Firearms Reference* in the Alberta Court of Appeal» (1999), 37 *Alta. L. Rev.* 1071.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997).
- Hutchinson, Allan C., and David Schneiderman. «Smoking Guns: The Federal Government Confronts The Tobacco and Gun Lobbies» (1995), 7 *Forum Constitutionnel* 16.

Lederman, William R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*. Toronto: Butterworths, 1981.

MacLellan, Russell. "Canada's firearms proposals" (1995), 37 *Can. J. Crim.* 163.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1998), 219 A.R. 201, 179 W.A.C. 201, 65 Alta. L.R. (3d) 1, 164 D.L.R. (4th) 513, 19 C.R. (5th) 63, 128 C.C.C. (3d) 225, [1999] 2 W.W.R. 579, [1998] A.J. No. 1028 (QL), upholding the constitutionality of the licensing and registration provisions of the *Firearms Act*. Appeal dismissed.

Roderick A. McLennan, Q.C., Thomas W. R. Ross and Neal A. McLennan, for the appellant.

Graham R. Garton, Q.C., and Sheilah Martin, Q.C., for the respondent.

Robert E. Charney and Edward J. Maksimowski, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Louise Walsh Poirier and Reinhold Endres, Q.C., for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Gabriel Bourgeois, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Kenneth J. Tyler, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Graeme G. Mitchell, Q.C., and Thomson Irvine, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Scott Duke, for the intervener the Government of the Northwest Territories.

William Craik and Lee Kirkpatrick, for the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory.

Delia Opekokew, Darren W. Winegarden, Albert C. Peeling and John D. Parsons, for the intervener the Federation of Saskatchewan Indian Nations.

Lederman, William R. *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada*. Toronto: Butterworths, 1981.

MacLellan, Russell. «Le projet canadien sur les armes à feu» (1995), 37 *Rev. can. crim.* 173.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1998), 219 A.R. 201, 179 W.A.C. 201, 65 Alta. L.R. (3d) 1, 164 D.L.R. (4th) 513, 19 C.R. (5th) 63, 128 C.C.C. (3d) 225, [1999] 2 W.W.R. 579, [1998] A.J. No. 1028 (QL), confirmant la constitutionnalité des dispositions de la *Loi sur les armes à feu* relatives aux permis et à l'enregistrement. Pourvoi rejeté.

Roderick A. McLennan, c.r., Thomas W. R. Ross et Neal A. McLennan, pour l'appelant.

Graham R. Garton, c.r., et Sheilah Martin, c.r., pour l'intimé.

Robert E. Charney et Edward J. Maksimowski, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Louise Walsh Poirier et Reinhold Endres, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Gabriel Bourgeois, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Kenneth J. Tyler, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Graeme G. Mitchell, c.r., et Thomson Irvine, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Scott Duke, pour l'intervenant le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest.

William Craik et Lee Kirkpatrick, pour l'intervenant le ministre de la Justice du gouvernement du Territoire du Yukon.

Delia Opekokew, Darren W. Winegarden, Albert C. Peeling et John D. Parsons, pour l'intervenante la Federation of Saskatchewan Indian Nations.

Dallas K. Miller, Q.C., for the intervener the Coalition of Responsible Firearm Owners and Sportsmen.

David R. Holman, for the intervener the Law-Abiding Unregistered Firearms Association.

Brian A. Crane, Q.C., and *Paul Shaw*, for the intervener the Shooting Federation of Canada.

Paul Larochelle, Q.C., and *Michèle Thivierge*, for the intervener the Association pour la santé publique du Québec inc.

Alexander D. Pringle, Q.C., and *June Ross*, for the intervener the Alberta Council of Women's Shelters.

Peter A. Downard, Paul F. Monahan and *Rochelle S. Fox*, for the interveners CAVEAT, the Fondation des victimes du 6 décembre contre la violence, the Canadian Association for Adolescent Health and the Canadian Pediatric Society.

Jill Copeland, for the interveners the Coalition for Gun Control, the Canadian Association of Chiefs of Police, the Corporation of the City of Toronto, the City of Montreal and the City of Winnipeg.

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

¹ In 1995, Parliament amended the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, by enacting the *Firearms Act*, S.C. 1995, c. 39, commonly referred to as the gun control law, to require the holders of all firearms to obtain licences and register their guns. In 1996, the Province of Alberta challenged Parliament's power to pass the gun control law by a reference to the Alberta Court of Appeal. The Court of Appeal by a 3:2 majority upheld Parliament's power to pass the law. The Province of Alberta now appeals that decision to this Court.

Dallas K. Miller, c.r., pour l'intervenante la Coalition of Responsible Firearm Owners and Sportsmen.

David R. Holman, pour l'intervenante la Law-Abiding Unregistered Firearms Association.

Brian A. Crane, c.r., et *Paul Shaw*, pour l'intervenante la Fédération de tir du Canada.

Paul Larochelle, c.r., et *Michèle Thivierge*, pour l'intervenante l'Association pour la santé publique du Québec inc.

Alexander D. Pringle, c.r., et *June Ross*, pour l'intervenant l'Alberta Council of Women's Shelters.

Peter A. Downard, Paul F. Monahan et *Rochelle S. Fox*, pour les intervenants CAVEAT, la Fondation des victimes du 6 décembre contre la violence, l'Association canadienne pour la santé des adolescents et la Société canadienne de pédiatrie.

Jill Copeland, pour les intervenantes la Coalition for Gun Control, l'Association canadienne des chefs de police, la Corporation de la cité de Toronto, la Ville de Montréal et la Ville de Winnipeg.

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

En 1995, le Parlement a modifié le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en adoptant la *Loi sur les armes à feu*, L.C. 1995, ch. 39, communément appelée la loi sur le contrôle des armes à feu, pour obliger tous les détenteurs d'armes à feu à obtenir un permis et à enregistrer leurs armes. En 1996, la province de l'Alberta, dans un renvoi à la Cour d'appel de l'Alberta, a contesté le pouvoir du Parlement d'adopter la loi sur le contrôle des armes à feu. Par une majorité de trois à deux, la Cour d'appel a confirmé la compétence du Parlement en la matière. La province de l'Alberta fait appel de cette décision devant notre Cour.

The issue before this Court is not whether gun control is good or bad, whether the law is fair or unfair to gun owners, or whether it will be effective or ineffective in reducing the harm caused by the misuse of firearms. The only issue is whether or not Parliament has the constitutional authority to enact the law.

The answer to this question lies in the Canadian Constitution. The Constitution assigns some matters to Parliament and others to the provincial legislatures: *Constitution Act, 1867*. The federal government asserts that the gun control law falls under its criminal law power, s. 91(27), and under its general power to legislate for the “Peace, Order and good Government” of Canada. Alberta, on the other hand, says the law falls under its power over property and civil rights, s. 92(13). All agree that to resolve this dispute, the Court must first determine what the gun control law is really about — its “pith and substance” — and then ask which head or heads of power it most naturally falls within.

We conclude that the gun control law comes within Parliament’s jurisdiction over criminal law. The law in “pith and substance” is directed to enhancing public safety by controlling access to firearms through prohibitions and penalties. This brings it under the federal criminal law power. While the law has regulatory aspects, they are secondary to its primary criminal law purpose. The intrusion of the law into the provincial jurisdiction over property and civil rights is not so excessive as to upset the balance of federalism.

II. Reference Questions

The formal questions put to the Alberta Court of Appeal by the Alberta government in 1996 are attached in Appendix A. Simply put, the issue before us is whether or not the licensing and registration provisions in the *Firearms Act*, as they

On ne demande pas à notre Cour de juger si le contrôle des armes à feu est bon ou mauvais en soi, si la loi est équitable ou inéquitable pour les détenteurs d’armes à feu ou si elle réussira à réduire les maux causés par l’usage abusif des armes à feu. La seule question est de savoir si le Parlement avait le pouvoir constitutionnel d’adopter la loi.

La réponse à cette question réside dans la Constitution canadienne. La Constitution attribue certaines matières au Parlement et d’autres aux législatures des provinces: *Loi constitutionnelle de 1867*. Le gouvernement fédéral affirme que la loi sur les armes à feu relève de sa compétence en matière de droit criminel, par. 91(27), et de sa compétence générale relativement à «la paix, l’ordre et le bon gouvernement» du Canada. Pour sa part, l’Alberta dit que cette loi relève de sa compétence en matière de propriété et de droits civils, par. 92(13). Les parties conviennent que pour trancher le litige, notre Cour doit d’abord déterminer en quoi consiste vraiment la loi sur le contrôle des armes à feu — son «caractère véritable» — et se demander ensuite à quel chef de compétence elle se rapporte le plus naturellement.

Nous concluons que la loi sur le contrôle des armes à feu relève de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. De par son «caractère véritable», elle vise à améliorer la sécurité publique en régissant l’accès aux armes à feu, au moyen d’interdictions et de sanctions et, de ce fait, elle relève de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Bien que la loi comporte des aspects de réglementation, ceux-ci sont accessoires à son objet premier, qui a trait au droit criminel. L’empiétement de la loi sur la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils n’est pas important au point de rompre l’équilibre du fédéralisme.

II. Les questions du renvoi

Les questions déferées à la Cour d’appel de l’Alberta par le gouvernement de l’Alberta en 1996 sont énoncées à l’appendice A. En termes simples, la question est de savoir si le Parlement avait le pouvoir d’édicter à l’égard des armes à feu

relate to ordinary firearms, were validly enacted by Parliament. The impugned provisions of the Act are attached in Appendix B.

III. Legislation

6 For many years, the *Criminal Code* has restricted access to firearms, mainly automatic weapons and handguns, by classifying some as prohibited and some as restricted. The *Firearms Act* amendments extended this regulation to all firearms, including rifles and shotguns. As a result, s. 84 of the *Criminal Code* now controls three classes of firearms: (1) prohibited firearms (generally automatic weapons); (2) restricted firearms (generally handguns); and (3) all other firearms (generally rifles and shotguns). The third class of guns is variously referred to as “ordinary firearms”, “long guns”, and “unrestricted firearms”. We will refer to this class as “ordinary firearms”.

7 The reference questions focus on the validity of the licensing and registration provisions for ordinary firearms introduced by the *Firearms Act*. The licensing sections of the Act provide that a person must be licensed in order to possess a firearm. Eligibility for a licence reflects safety interests. An applicant with a criminal record involving drug offences or violence, or a history of mental illness, may be denied a licence. An applicant who seeks to acquire a firearm must pass a safety course which requires a basic understanding of firearm safety and the legal responsibilities of firearm ownership. The chief firearms officer, who issues licences, may conduct a background check on the applicant in order to determine eligibility, and may attach conditions to a licence. Once issued, a licence is valid for five years, but it may be revoked for contravention of its conditions or for

ordinaires les dispositions de la *Loi sur les armes à feu* relatives aux permis et à l’enregistrement. Les dispositions contestées sont énoncées à l’appendice B.

III. Les dispositions législatives

Pendant de nombreuses années, le *Code criminel* a limité l’accès aux armes à feu, surtout aux armes automatiques et aux armes de poing, en les plaçant dans les catégories des armes prohibées et des armes à autorisation restreinte. La *Loi sur les armes à feu* a étendu cette réglementation à toutes les armes à feu, y compris les carabines et les fusils de chasse. Par conséquent, l’art. 84 du *Code criminel* régit maintenant trois catégories d’armes à feu: (1) les armes à feu prohibées (principalement les armes automatiques); (2) les armes à feu à autorisation restreinte (principalement les armes de poing); (3) toutes les autres armes à feu (principalement les carabines et les fusils de chasse). La troisième catégorie est appelée diversement «armes à feu ordinaires», «armes d’épaule» et «armes non restreintes». Nous parlerons d’«armes à feu ordinaires».

Les questions du renvoi visent la validité des dispositions relatives aux permis et à l’enregistrement qui ont été introduites par la *Loi sur les armes à feu* à l’égard des armes à feu ordinaires. Les dispositions relatives aux permis obligent quiconque possède une arme à feu à avoir un permis. L’admissibilité à un permis est assujettie à des considérations de sécurité. Le permis peut être refusé à un demandeur ayant un casier judiciaire pour des infractions de drogue ou de violence, ou des antécédents de maladie mentale. Le demandeur qui cherche à acquérir une arme à feu doit réussir un cours de sécurité qui requiert une compréhension de base de la sécurité dans le maniement des armes à feu et des responsabilités légales liées à la propriété d’une arme à feu. Le contrôleur des armes à feu, qui délivre les permis, peut vérifier les antécédents du demandeur pour déterminer son admissibilité, et peut assortir le permis de conditions. Le permis est valide pour une période de cinq ans, mais il peut être révoqué par suite de

certain criminal convictions. A licence refusal or revocation may be appealed to a court.

The registration provisions of the Act are more limited. A firearm cannot be registered unless the applicant is licensed to possess that type of firearm. Registration is generally done by reference to the serial number on the firearm. A registration certificate is valid as long as its holder owns the weapon. If ownership of a registered weapon is transferred, the new owner must register the weapon. In order to give gun owners time to register their weapons, people who owned ordinary firearms as of January 1, 1998 are deemed to hold registration certificates that are valid until January 1, 2003. Possession of an unregistered firearm of any type is an offence. All licences and registration certificates, along with imported, exported, lost and stolen guns, are recorded in the Canadian Firearms Registry, which is operated by a federal appointee.

IV. Reasons of the Alberta Court of Appeal

The Alberta Court of Appeal upheld the 1995 gun control law by a 3:2 majority: (1998), 65 Alta. L.R. (3d) 1. The court wrote four judgments.

A. *Majority*

Fraser C.J.A., in a comprehensive judgment, began by noting that guns may be regulated by both the federal and provincial governments for different purposes, and that the effectiveness of the law is irrelevant to its constitutional characterization. She found that Parliament's purpose in enacting the law was to enhance public safety. While guns preserve lives and serve as useful tools, they also wound and kill. The latter aspect of guns — their inherent dangerousness — is the focus of the impugned provisions of the Act. Parliament's aim

contravention à ses conditions ou de déclaration de culpabilité de certaines accusations criminelles. Le refus et la révocation de permis sont susceptibles d'appel devant une cour de justice.

Les dispositions relatives à l'enregistrement sont plus limitées. Une arme à feu ne peut pas être enregistrée si le demandeur n'a pas de permis de possession pour ce type d'arme à feu. L'enregistrement renvoie généralement au numéro de série de l'arme à feu. Le certificat d'enregistrement est valide tant que son titulaire possède l'arme. En cas de cession de la propriété d'une arme enregistrée, le nouveau propriétaire doit enregistrer l'arme. Pour donner aux propriétaires d'armes à feu le temps d'enregistrer leurs armes, les personnes qui possédaient une arme à feu ordinaire le 1^{er} janvier 1998 sont réputées être titulaires d'un certificat d'enregistrement valide jusqu'au 1^{er} janvier 2003. La possession de toute catégorie d'arme à feu non enregistrée est une infraction. Tous les permis et certificats d'enregistrement, ainsi que les exportations, importations, pertes et vols d'armes à feu, sont inscrits au Registre canadien des armes à feu, qui est tenu par une personne nommée par le gouvernement fédéral.

IV. Les motifs de la Cour d'appel de l'Alberta

La Cour d'appel de l'Alberta, par une majorité de trois à deux, a confirmé la validité de la loi sur le contrôle des armes à feu de 1995: (1998), 65 Alta. L.R. (3d) 1. Quatre juges ont écrit des motifs.

A. *Majorité*

Dans un jugement exhaustif, le juge en chef Fraser note en premier que les armes à feu peuvent être réglementées par les gouvernements fédéral et provinciaux à différentes fins et que l'efficacité de la loi n'est pas pertinente pour sa qualification constitutionnelle. Elle conclut que le Parlement visait l'amélioration de la sécurité publique lorsqu'il a adopté la loi. Même si les armes à feu sauvent des vies et peuvent être des outils utiles, elles blessent et tuent aussi. Cette dernière caractéristique des armes à feu — leur dangerosité

8

9

10

was to reduce the misuse of guns in crime, including domestic violence, as well as to reduce suicides and accidents caused by the misuse of firearms. The licensing provisions, which require applicants to pass a safety course and undergo a criminal record check and background investigation, support this purpose. The registration system, by seeking to reduce smuggling, theft and illegal sales, also addresses misuse. The licensing and registration provisions are inextricably intertwined. While the provisions entail the regulation of property rights, this regulation is the means of the law, not its end. On this basis, Fraser C.J.A. concluded that the Act is in pith and substance designed to protect public safety from the misuse of firearms.

11 Fraser C.J.A. went on to the second step in the analysis: considering whether or not that pith and substance could be allocated to one of Parliament's heads of power under the *Constitution Act, 1867*. She held that the legislation falls under the criminal law power, s. 91(27), under either its "prevention" aspect or its "prohibition, penalty, and purpose" aspect. The law does not represent a "colourable" or improper intrusion into provincial jurisdiction.

12 Berger and Hetherington J.J.A. wrote separate opinions agreeing with the Chief Justice. Hetherington J.A. held that any firearm, used improperly, is dangerous to human life and health. As a result, Parliament's purpose, in seeking to prevent crime and promote public safety by discouraging possession, is a valid criminal law purpose. The potential inefficacy of the law, highlighted by Alberta and the other provincial governments, is irrelevant unless it shows that Parliament had a different purpose — a colourable motive. Colourability has not been shown because the law genuinely attempts to improve firearms storage, reduce trafficking, and aid in tracking guns generally. While the law may

inhérente — fait l'objet des dispositions contestées de la Loi. Le Parlement avait pour but de réduire l'usage criminel des armes à feu, notamment la violence familiale, de même que les suicides et les accidents causés par le mauvais usage des armes à feu. Les dispositions relatives aux permis, qui obligent les demandeurs à réussir un cours sur la sécurité et à faire l'objet d'une vérification du casier judiciaire et d'une enquête sur leurs antécédents, visent à ce but. En cherchant à réduire la contrebande, le vol et la vente illégale des armes à feu, le système d'enregistrement s'attaque également à leur usage abusif. Les dispositions relatives aux permis et à l'enregistrement sont inextricablement liées. Bien que ces dispositions comportent la réglementation de droits de propriété, cette réglementation est le moyen utilisé par la loi, et non sa fin. Pour ce motif, le juge en chef Fraser conclut que, de par son caractère véritable, la Loi vise à protéger la sécurité publique contre l'usage abusif des armes à feu ordinaires.

Le juge en chef Fraser aborde ensuite la deuxième étape de l'analyse, qui consiste à déterminer si ce caractère véritable peut être attribué à l'un des chefs de compétence attribués au Parlement par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle conclut que la loi relève de la compétence en matière criminelle, selon le par. 91(27), tant dans son aspect préventif que dans l'objet visé, les interdictions et sanctions. La loi n'est pas un empiètement déguisé ou injustifié sur la compétence provinciale.

Les juges Berger et Hetherington ont rédigé des motifs distincts en accord avec le Juge en chef. Le juge Hetherington conclut que toute arme à feu utilisée à mauvais escient est dangereuse pour la santé et la vie humaines. Par conséquent, en cherchant à prévenir le crime et à favoriser la sécurité publique en en décourageant la possession, le Parlement poursuivait un objectif de droit criminel valide. L'inefficacité potentielle de la loi, soulignée par l'Alberta et par les autres gouvernements provinciaux, n'est pas pertinente à moins qu'elle ne démontre que le Parlement visait un objectif différent — un motif déguisé. L'existence d'un motif déguisé n'a pas été démontrée parce que la

affect property and civil rights, that does not prevent Parliament from enacting it. Hetherington J.A. concluded that the *Firearms Act* contains prohibitions accompanied by penal sanctions, enacted for criminal public purposes, and therefore it is a valid law under the test propounded by La Forest J. of this Court in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, and *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213.

Berger J.A. likewise noted that all guns are capable of causing death if misused. He held that Parliament's purpose in enacting the legislation was to ensure that firearms are only possessed by those qualified to use them. The licensing provisions identify those who are qualified. The registration system ensures that only qualified people can acquire firearms. As a prohibition backed by a penalty, for a public purpose, the law is a valid exercise of Parliament's criminal law power. The regulatory aspects of the law are merely the means to an end.

B. *Minority*

Conrad J.A. dissented, Irving J.A. concurring. Conrad J.A. broadly defined the purpose of the law as regulating all aspects of the possession and use of firearms. While firearms and safety are subjects of both federal and provincial concern, the criminal law power represents a "carve-out" from provincial jurisdiction. The regulation of ownership rather than use and the complexity of the regulations demonstrate that this legislation cannot be classified as valid criminal law. The *Criminal Code* generally prohibits acts, rather than regulating ownership. Possession itself is not dangerous; it is only misuse that is dangerous, and the law goes far beyond prohibiting misuse. This led Conrad J.A. to conclude that the *Firearms Act* represents a colourable intrusion into the provincial jurisdiction over property and civil rights, and is invalid as an exercise of Parliament's jurisdic-

loi vise réellement à améliorer l'entreposage des armes à feu, à en réduire le trafic et, de façon générale, à contribuer à leur repérage. Même si la loi peut toucher la propriété et les droits civils, cela n'empêche pas le Parlement de l'adopter. Le juge Hetherington conclut que la *Loi sur les armes à feu* contient des interdictions assorties de sanctions pénales, adoptées dans l'intérêt public en matière criminelle, et qu'elle est donc une loi valide selon le critère établi par le juge La Forest, de notre Cour, dans les arrêts *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, et *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213.

De même, le juge Berger souligne que toutes les armes à feu peuvent causer la mort si elles sont utilisées à mauvais escient. Il conclut qu'en adoptant la loi, le Parlement visait à ce que seules les personnes qualifiées dans l'usage des armes à feu en possèdent. Le système de permis identifie les personnes qualifiées. Le système d'enregistrement vise à ce que seules les personnes qualifiées puissent acquérir des armes à feu. Comme interdiction assortie d'une sanction, dans l'intérêt public, la loi est un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel. Les aspects de réglementation de la loi ne sont que les moyens d'arriver à une fin.

B. *Minorité*

Le juge Conrad, avec l'appui du juge Irving, était dissidente. Elle a donné une définition large de l'objet de la loi comme réglementant tous les aspects de la possession et de l'usage des armes à feu. Bien que les armes à feu et la sécurité soient des sujets d'intérêt fédéral et provincial, la compétence en matière de droit criminel a été «décou- pée» dans la compétence provinciale. La réglementation de la propriété plutôt que de l'usage, ainsi que la complexité de la réglementation démontrent que cette loi ne peut pas être qualifiée de loi criminelle valide. Généralement, le *Code criminel* interdit des actes plutôt que de réglementer la propriété. La possession n'est pas dangereuse en soi; seul l'usage abusif l'est, et la loi va bien au-delà de l'interdiction de l'usage abusif. De cela, le juge Conrad conclut que la *Loi sur les armes à feu* est un empiétement déguisé sur la compétence

13

14

tion over criminal law or its peace, order and good government power. While she would have struck down the legislation entirely, she held that if the licensing scheme were deemed valid, the registration scheme could be severed from the licensing scheme.

V. Analysis

15 The issue before us is whether the licensing and registration provisions of the *Firearms Act* constitute a valid federal enactment pursuant to Parliament's jurisdiction over criminal law or its peace, order and good government power. In order to answer this question, we must engage in the division of powers analysis used so often by this Court, and most recently summarized in *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, [2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21; see also *Whitbread v. Walley*, [1990] 3 S.C.R. 1273, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, and *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463. There are two stages to this analysis. The first step is to determine the "pith and substance" or essential character of the law. The second step is to classify that essential character by reference to the heads of power under the *Constitution Act, 1867* in order to determine whether the law comes within the jurisdiction of the enacting government. If it does, then the law is valid.

A. *Characterization: What Is the Pith and Substance of the Law?*

16 The first task is to determine the "pith and substance" of the legislation. To use the wording of ss. 91 and 92, what is the "matter" of the law? What is its true meaning or essential character, its core? To determine the pith and substance, two aspects of the law must be examined: the purpose of the enacting body, and the legal effect of the law.

17 A law's purpose is often stated in the legislation, but it may also be ascertained by reference to extrinsic material such as Hansard and government

des provinces en matière de propriété et de droits civils et qu'elle est invalide en tant qu'exercice de la compétence du Parlement relativement au droit criminel ou à la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Bien que d'avis d'annuler l'ensemble de la loi, elle conclut que si le régime de permis était jugé valide, le régime d'enregistrement pourrait être dissocié du régime de permis.

V. Analyse

Nous devons décider si les dispositions de la *Loi sur les armes à feu* relatives aux permis et à l'enregistrement ont été valablement édictées par le Parlement en vertu de sa compétence en matière de droit criminel ou relativement à la paix, l'ordre et le bon gouvernement. Pour répondre à cette question, nous devons effectuer l'analyse du partage des pouvoirs qui a été utilisée si souvent par notre Cour et qui a été résumée très récemment dans *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, [2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21; voir aussi *Whitbread c. Walley*, [1990] 3 R.C.S. 1273, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463. Cette analyse comporte deux étapes. La première consiste à déterminer le «caractère véritable» ou le caractère essentiel de la loi et la seconde à classer ce caractère essentiel en égard aux chefs de compétence établis par la *Loi constitutionnelle de 1867*, afin de déterminer si la loi relève de la compétence du gouvernement qui l'a adoptée. Si c'est le cas, la loi est valide.

A. *Caractérisation: Quel est le caractère véritable de la loi?*

Il faut d'abord déterminer le «caractère véritable» de la loi. Pour reprendre les termes des art. 91 et 92, quelle est la «matière» de la loi? Quelle est sa véritable signification ou son caractère essentiel, sa quintessence? Le caractère véritable de la loi doit être déterminé sous deux aspects: le but visé par le législateur qui l'a adoptée et l'effet juridique de la loi.

L'objet d'une loi est souvent énoncé dans son texte, mais il peut aussi être établi à partir de documents extrinsèques, comme le Hansard et les

publications: see *Morgentaler, supra*, at pp. 483-84. While such extrinsic material was at one time inadmissible to facilitate the determination of Parliament's purpose, it is now well accepted that the legislative history, Parliamentary debates, and similar material may be quite properly considered as long as it is relevant and reliable and is not assigned undue weight: see *Global Securities, supra*, at para. 25; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 35; and *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, at para. 14. Purpose may also be ascertained by considering the "mischief" of the legislation — the problem which Parliament sought to remedy: see *Morgentaler, supra*, at pp. 483-84.

Determining the legal effects of a law involves considering how the law will operate and how it will affect Canadians. The Attorney General of Alberta states that the law will not actually achieve its purpose. Where the legislative scheme is relevant to a criminal law purpose, he says, it will be ineffective (e.g., criminals will not register their guns); where it is effective it will not advance the fight against crime (e.g., burdening rural farmers with pointless red tape). These are concerns that were properly directed to and considered by Parliament. Within its constitutional sphere, Parliament is the judge of whether a measure is likely to achieve its intended purposes; efficaciousness is not relevant to the Court's division of powers analysis: *Morgentaler, supra*, at pp. 487-88, and *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373. Rather, the inquiry is directed to how the law sets out to achieve its purpose in order to better understand its "total meaning": W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), at pp. 239-40. In some cases, the effects of the law may suggest a purpose other than that which is stated in the law: see *Morgentaler, supra*, at pp. 482-83; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (P.C.) (*Alberta Bank Taxation Reference*); and *Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia*, [1960] S.C.R. 713; see generally P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at pp. 15-14 to 15-16. In other words, a law may say

publications gouvernementales: *Morgentaler, précité*, aux pp. 483 et 484. Même si, à une certaine époque, les documents extrinsèques n'étaient pas admissibles aux fins de déterminer l'objet visé par le législateur, il est maintenant bien établi qu'on peut à bon droit examiner l'historique législatif, les débats parlementaires et autres documents semblables dans la mesure où ils sont pertinents et fiables et qu'on ne leur donne pas plus de poids qu'ils n'en méritent: *Global Securities, précité*, au par. 25; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 35; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, au par. 14. L'objet peut aussi être établi par l'examen du «mal» visé par la loi — le problème auquel le législateur a voulu remédier: *Morgentaler, précité*, aux pp. 483 et 484.

Les effets juridiques d'une loi sont déterminés par l'examen de son application et de ses effets sur les Canadiens. Le procureur général de l'Alberta dit que la loi ne réussira pas à atteindre son but. Selon lui, pour ce qui a trait à un objet de droit criminel, le régime législatif sera inefficace (p. ex. les criminels n'enregistreront pas leurs armes); là où elle aura un effet, la loi ne contribuera pas à la lutte contre le crime (p. ex. en imposant aux agriculteurs de la paperasserie inutile). Ces préoccupations ont été adressées, comme il se doit, au Parlement qui les a examinées. Dans le cadre de ses compétences constitutionnelles, c'est au Parlement qu'il appartient de juger s'il est probable qu'une mesure atteindra le but poursuivi; l'efficacité n'est pas pertinente dans le cadre de l'analyse du partage des pouvoirs par notre Cour: *Morgentaler, précité*, aux pp. 487 et 488, et *Renvoi: Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373. L'examen vise plutôt à déterminer comment la loi cherche à atteindre son but afin de mieux comprendre son [TRADUCTION] «entière portée»: W. R. Lederman, *Continuing Canadian Constitutional Dilemmas* (1981), aux pp. 239 et 240. Dans certains cas, les effets de la loi peuvent indiquer un objet autre que celui qu'elle énonce: *Morgentaler, précité*, aux pp. 482 et 483; *Attorney-General for Alberta c. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117 (C.P.) (*Alberta Bank Taxation Reference*); et *Texada Mines Ltd. c. Attorney-General of British Columbia*, [1960] R.C.S. 713; et, de façon générale, P.

that it intends to do one thing and actually do something else. Where the effects of the law diverge substantially from the stated aim, it is sometimes said to be “colourable”.

19 Against this background, we turn to the purpose of the *Firearms Act*. Section 4 states that the purpose of the Act is “to provide . . . for the issuance of licences, registration certificates and authorizations under which persons may possess firearms” and “to authorize . . . the manufacture of” and “transfer of” ordinary firearms. This is the language of property regulation. However, this regulatory language is directly tied to a purpose cast in the language of the criminal law. The licensing, registration and authorization provisions delineate the means by which people can own and transfer ordinary firearms “in circumstances that would otherwise constitute [a criminal] offence”. Those who challenge the legislation point to the first part of the section and its regulatory focus. Those who seek to uphold the law point to the second part of the section and its criminal focus.

20 The statements of the Honourable Allan Rock, Minister of Justice at the time, in his second-reading speech in the House of Commons, reveal that the federal government’s purpose in proposing the law was to promote public safety. He stated: “The government suggests that the object of the regulation of firearms should be the preservation of the safe, civilized and peaceful nature of Canada” (*House of Commons Debates*, vol. 133, No. 154, 1st Sess., 35th Parl., February 16, 1995, at p. 9706 (emphasis added)). Mr. Rock went on to describe the contents of the bill in more detail (at p. 9707):

First, tough measures to deal with the criminal misuse of firearms; second, specific penalties to punish those who would smuggle illegal firearms; and third, measures overall to provide a context in which the legiti-

W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), aux pp. 15-14 à 15-16. En d’autres termes, une loi peut dire qu’elle vise une chose et, en réalité, faire autre chose. Lorsque les effets de la loi diffèrent de façon importante de l’objet déclaré, on parle parfois de «motif déguisé».

Sur cette toile de fond, nous abordons l’objet de la *Loi sur les armes à feu*. L’article 4 déclare que son objet est «de prévoir [. . .] la délivrance de permis, de certificats d’enregistrement et d’autorisations permettant la possession d’armes à feu» et «de permettre [. . .] la fabrication» et «la cession» d’armes à feu ordinaires. Ces mots tiennent du langage de la réglementation de la propriété. Ces mots sont toutefois directement liés à un objet formulé dans le langage du droit criminel. Les dispositions relatives aux permis, à l’enregistrement et aux autorisations circonscrivent les moyens par lesquels les personnes peuvent être propriétaires et faire cession d’armes à feu ordinaires «en des circonstances qui ne donnent pas lieu à une infraction» criminelle. Ceux qui contestent la loi invoquent la première partie de l’article et sa nature réglementaire. Ceux qui cherchent à la faire confirmer invoquent la deuxième partie de l’article et sa nature pénale.

Les déclarations faites à la Chambre des communes par l’honorable Allan Rock, ministre de la Justice à l’époque, à la deuxième lecture, indiquent que l’objet visé par le gouvernement fédéral dans cette loi était de favoriser la sécurité publique. Il a déclaré: «Le gouvernement estime que la réglementation des armes à feu devrait viser principalement à faire que le Canada demeure un pays sûr, civilisé et paisible» (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 133, n° 154, 1^{re} sess., 35^e lég., 16 février 1995, à la p. 9706 (nous soulignons)), puis il a décrit en détail le contenu de la loi (à la p. 9707):

[P]remièrement, des mesures sévères pour contrer l’usage criminel des armes à feu; deuxièmement, des peines précises pour punir ceux qui font la contrebande des armes à feu illégales; troisièmement, des mesures

mate use of firearms can be carried on in a manner consistent with public safety. [Emphasis added.]

(See also the judgment of Fraser C.J.A., at paras. 169-72.)

Later, the Minister referred to the problems of suicide, accidental shootings, and the use of guns in domestic violence, and detailed some of the shooting tragedies that had spurred public calls for gun control. Russell MacLellan, the Parliamentary Secretary of Justice at the time, underscored the government's concerns, noting that the Act pursues "three fundamental policies: the deterrence of the misuse of firearms, general controls on persons given access to firearms, and controls placed on specific types of firearms" ("Canada's firearms proposals" (1995), 37 *Can. J. Crim.* 163, at p. 163).

Another way to determine the purpose of legislation is to look at the problems it is intended to address — the so-called "mischief" approach. The *Firearms Act* is aimed at a number of evils or "mischiefs". One is the illegal trade in guns, both within Canada and across the border with the United States: see *The Government's Action Plan on Firearms Control*, tabled in the House of Commons in 1994. Another is the link between guns and violent crime, suicide, and accidental deaths. In a paper commissioned by the Department of Justice in 1994, *The Impact of the Availability of Firearms on Violent Crime, Suicide, and Accidental Death: A Review of the Literature with Special Reference to the Canadian Situation*, Thomas Gabor found that all three causes of death may increase in jurisdictions where there are the fewest restrictions on guns. Whether or not one accepts Gabor's conclusions, his study indicates the problem which Parliament sought to address by enacting the legislation: the problem of the misuse of firearms and the threat it poses to public safety.

générales pour délimiter ce qui constitue un usage légitime des armes à feu qui ne menace pas la sécurité publique. [Nous soulignons.]

(Voir aussi les motifs du juge en chef Fraser, aux par. 169 à 172.)

Ensuite, le ministre a mentionné les problèmes des suicides, des coups de feu accidentels et de l'usage d'armes à feu dans des cas de violence familiale, et il a évoqué certaines tragédies qui avaient incité le public à demander un contrôle des armes à feu. Russell MacLellan, Secrétaire parlementaire du ministre de la Justice à l'époque, a souligné les préoccupations du gouvernement, précisant que la Loi reposait sur «trois objectifs fondamentaux: décourager la mauvaise utilisation des armes à feu, contrôler de façon générale les personnes qui ont accès à des armes à feu, et contrôler certains types particuliers d'armes à feu» («Le projet canadien sur les armes à feu» (1995), 37 *Rev. can. crim.* 173, à la p. 173).

Une autre façon de déterminer l'objet de la loi est d'examiner les problèmes qu'elle cherche à régler — le «mal visé». La *Loi sur les armes à feu* vise un certain nombre de problèmes ou de «maux». L'un d'eux est le commerce illégal des armes à feu, à l'intérieur du Canada et à l'extérieur avec les États-Unis: *Plan d'action du gouvernement sur le contrôle des armes à feu*, déposé à la Chambre des communes en 1994. Un autre est le lien entre les armes à feu et les crimes de violence, les suicides et les morts accidentelles. Dans un document commandé par le ministère de la Justice en 1994, intitulé *Les conséquences de la disponibilité des armes à feu sur les taux de crime de violence, de suicide et de décès accidentel: Rapport sur la littérature concernant en particulier la situation au Canada*, Thomas Gabor conclut que les morts dues à ces trois causes pouvaient augmenter dans les ressorts où il y avait le moins de restrictions sur les armes à feu. Que l'on accepte ou non les conclusions de Gabor, son étude indique que le problème que le Parlement cherchait à régler en adoptant la loi était le problème de l'usage abusif des armes à feu et de la menace qu'il constitue pour la sécurité publique.

22

Finally, there is a strong argument that the purpose of this legislation conforms with the historical public safety focus of all gun control laws. This reference challenges the licensing and registration provisions of the Act only as they relate to ordinary firearms. Alberta does not question the licensing and registration of restricted and prohibited weapons. It freely admits that the restrictions on those categories of weapons are constitutional. Indeed, Alberta would have difficulty alleging otherwise, as numerous courts have upheld the validity of different aspects of the federal gun control legislation that existed prior to the enactment of this Act: see *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284; and *Attorney General of Canada v. Pattison* (1981), 30 A.R. 83 (C.A.).

23

More specifically, before the introduction of the *Firearms Act*, the registration of all restricted weapons was upheld by the British Columbia Court of Appeal in *Martinoff v. Dawson* (1990), 57 C.C.C. (3d) 482. Furthermore, the *Criminal Code* required anyone seeking to obtain any kind of firearm to apply for a firearms acquisition certificate. This requirement was upheld in *R. v. Northcott*, [1980] 5 W.W.R. 38 (B.C. Prov. Ct.). These cases upheld the previous gun control legislation on the basis that Parliament's purpose was to promote public safety. The *Firearms Act* extends that legislation in two respects: (1) it requires all guns to be registered, not just restricted and prohibited firearms; and (2) eventually all gun owners will be required to be licensed, not just those who wish to acquire a firearm. These changes represent a continuation of Parliament's focus on safety concerns, and constitute a limited expansion of the pre-existing legislation. Given the general acceptance of the gun control legislation that has existed for the past hundred years, the constitutional validity of which has always been predicated on Parliament's concern for public safety, it is difficult to now impute a different purpose to Parliament. This

Enfin, il y a l'argument solide que l'objet de la loi correspond à l'accent mis traditionnellement sur la sécurité publique dans les lois relatives au contrôle des armes à feu. Le présent renvoi ne vise que les dispositions de la Loi relatives aux permis et à l'enregistrement applicables aux armes à feu ordinaires. L'Alberta ne conteste pas les exigences de permis et d'enregistrement pour les armes à autorisation restreinte et les armes prohibées. Elle admet volontiers que les restrictions applicables à ces catégories d'armes sont constitutionnelles. D'ailleurs, l'Alberta aurait de la difficulté à prétendre le contraire, car de nombreux tribunaux ont confirmé la validité de divers aspects de la législation fédérale sur le contrôle des armes à feu qui existait avant l'entrée en vigueur de la Loi: *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284; et *Attorney General of Canada c. Pattison* (1981), 30 A.R. 83 (C.A.).

Plus particulièrement, avant l'introduction de la *Loi sur les armes à feu*, l'enregistrement de toutes les armes à autorisation restreinte a été jugé valide par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Martinoff c. Dawson* (1990), 57 C.C.C. (3d) 482. En outre, le *Code criminel* obligeait toute personne voulant obtenir tout genre d'arme à feu à demander une autorisation d'acquisition d'armes à feu. Cette exigence a été jugée valide dans *R. c. Northcott*, [1980] 5 W.W.R. 38 (C. prov. C.-B.). Ces décisions ont confirmé la validité des dispositions antérieures en matière de contrôle des armes à feu pour le motif que le but visé par le Parlement était de favoriser la sécurité publique. La *Loi sur les armes à feu* étend la portée de ces dispositions de deux manières: (1) elle exige l'enregistrement de toutes les armes à feu, et non plus seulement des armes à feu prohibées et à autorisation restreinte; (2) à un moment donné, tous les propriétaires d'armes à feu devront détenir un permis, et non plus seulement les personnes qui souhaitent en acquérir. Ces modifications représentent la continuité de l'intérêt que porte le Parlement aux questions de sécurité et constituent un accroissement limité de la portée des dispositions antérieures. Étant donné l'acceptation générale de la législation de contrôle des armes à feu, qui existe depuis cent ans et dont la constitutionnalité a toujours été

supports the view that the law in pith and substance is about public safety.

The effects of the scheme — how it impacts on the legal rights of Canadians — also support the conclusion that the 1995 gun control law is in pith and substance a public safety measure. The criteria for acquiring a licence are concerned with safety rather than the regulation of property. Criminal record checks and background investigations are designed to keep guns out of the hands of those incapable of using them safely. Safety courses ensure that gun owners are qualified. What the law does not require also shows that the operation of the scheme is limited to ensuring safety. For instance, the Act does not regulate the legitimate commercial market for guns. It makes no attempt to set labour standards or the price of weapons. There is no attempt to protect or regulate industries or businesses associated with guns (see *Pattison*, *supra*, at para. 22). Unlike provincial property registries, the registry established under the Act is not concerned with prior interests, and unlike some provincial motor vehicle schemes, the Act does not address insurance. In short, the effects of the law suggest that its essence is the promotion of public safety through the reduction of the misuse of firearms, and negate the proposition that Parliament was in fact attempting to achieve a different goal such as the total regulation of firearms production, trade, and ownership. We therefore conclude that, viewed from its purpose and effects, the *Firearms Act* is in “pith and substance” directed to public safety.

B. Classification: Does Parliament Have Jurisdiction to Enact the Law?

Having assessed the pith and substance or matter of the law, the second step is to determine whether that matter comes within the jurisdiction of the enacting legislature. We must examine the

fondée sur l'intérêt que porte le Parlement à la sécurité publique, il est maintenant difficile d'imputer au Parlement une intention différente. Cela appuie l'opinion que le caractère véritable de la loi a trait à la sécurité publique.

Les effets du régime — la façon dont il touche les droits des Canadiens — appuient également la conclusion que la loi de 1995 sur le contrôle des armes à feu, de par son caractère véritable, est une mesure de sécurité publique. Les critères d'obtention d'un permis sont liés à la sécurité, plutôt qu'à la réglementation de la propriété: la vérification du casier judiciaire et l'enquête sur les antécédents visent à garder les armes à feu hors de la possession de ceux qui sont incapables de les utiliser avec sûreté. Les cours sur la sécurité permettent de vérifier que les propriétaires d'armes à feu sont qualifiés. Ce que la loi n'exige pas montre également que le fonctionnement du régime se limite à assurer la sécurité. Par exemple, la Loi ne réglemente pas le marché commercial légitime des armes à feu. Elle ne cherche pas à établir des normes du travail ou le prix des armes. Elle ne tente pas de protéger ni de réglementer les industries ou les entreprises liées aux armes à feu (voir *Pattison*, précité, au par. 22). À la différence des registres de biens provinciaux, le registre créé par la Loi ne porte pas sur des droits antérieurs et, à la différence de certaines lois provinciales sur les véhicules à moteur, la Loi ne traite pas d'assurance. En bref, ses effets indiquent que son essence même est la promotion de la sécurité publique par la réduction de l'usage abusif des armes à feu, et démentent ainsi la proposition que le Parlement tentait en réalité d'atteindre un but différent, telle la réglementation générale de la production, du commerce et de la propriété des armes à feu. Nous concluons donc que, vu son objet et ses effets, la *Loi sur les armes à feu*, de par son «caractère véritable», vise la sécurité publique.

B. Qualification: Le Parlement avait-il compétence pour adopter la loi?

Après l'évaluation du caractère véritable ou de la matière de la loi, la deuxième étape consiste à déterminer si cette matière relève de la compétence du législateur qui l'a adoptée. Nous devons exami-

heads of power under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* and determine what the matter is “in relation to”. In this case, the question is whether the law falls under federal jurisdiction over criminal law or its peace, order and good government power; or under provincial jurisdiction over property and civil rights. The presumption of constitutionality means that Alberta, as the party challenging the legislation, is required to show that the Act does not fall within the jurisdiction of Parliament: see *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1978] 2 S.C.R. 662.

26 The determination of which head of power a particular law falls under is not an exact science. In a federal system, each level of government can expect to have its jurisdiction affected by the other to a certain degree. As Dickson C.J. stated in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 669, “overlap of legislation is to be expected and accommodated in a federal state”. Laws mainly in relation to the jurisdiction of one level of government may overflow into, or have “incidental effects” upon, the jurisdiction of the other level of government. It is a matter of balance and of federalism: no one level of government is isolated from the other, nor can it usurp the functions of the other.

27 As a general rule, legislation may be classified as criminal law if it possesses three prerequisites: a valid criminal law purpose backed by a prohibition and a penalty: *RJR-MacDonald*, *supra*; *Hydro-Québec*, *supra*; and *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1 (the “*Margarine Reference*”). The Attorney General of Canada argues that the 1995 gun control law meets these three requirements, and points to commentary on this legislation which supports its position: D. Gibson, “The *Firearms Reference* in the Alberta Court of Appeal” (1999), 37 *Alta. L. Rev.* 1071; D. M. Beatty, “Gun Control and Judicial Anarchy” (1999), 10 *Constitutional Forum* 45; A. C. Hutchinson and D. Schneiderman, “Smoking Guns: The Federal Government Confronts The Tobacco and Gun Lobbies” (1995), 7 *Constitu-*

ner les chefs de compétence attribués par les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et déterminer auquel elle se rapporte. En l’espèce, la question est de savoir si la loi relève de la compétence fédérale sur le droit criminel ou la paix, l’ordre et le bon gouvernement, ou si elle relève de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils. La présomption de constitutionnalité signifie que l’Alberta, en tant que partie contestant la Loi, doit démontrer qu’elle ne relève pas de la compétence du Parlement: *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1978] 2 R.C.S. 662.

La détermination du chef de compétence duquel relève une loi particulière n’est pas une science exacte. Dans un système fédéral, chaque ordre de gouvernement peut s’attendre à ce que sa compétence soit touchée dans une certaine mesure par l’autre. Comme le juge en chef Dickson le dit dans *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 669, «il faut s’attendre à ce qu’il y ait chevauchement de mesures législatives et il faut s’y adapter dans un État fédéral». Les lois se rapportant principalement à la compétence d’un ordre de gouvernement peuvent déborder, ou avoir des «effets secondaires», sur les champs de compétence de l’autre ordre de gouvernement. C’est une question d’équilibre et de fédéralisme: aucun ordre de gouvernement n’est isolé de l’autre, ni ne peut usurper ses fonctions.

En règle générale, une loi peut être considérée comme relevant du droit criminel si elle comporte les trois éléments suivants: un objet valide de droit criminel assorti d’une interdiction et d’une sanction: *RJR-MacDonald*, *Hydro-Québec*, précités; et *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1 (le «*Renvoi sur la margarine*»). Le procureur général du Canada soutient que la loi de 1995 sur le contrôle des armes à feu respecte ces trois exigences et cite plusieurs auteurs à l’appui de ses arguments: D. Gibson, «The *Firearms Reference* in the Alberta Court of Appeal» (1999), 37 *Alta. L. Rev.* 1071; D. M. Beatty, «Gun Control and Judicial, Anarchy» (1999), 10 *Forum Constitutionnel* 45; A. C. Hutchinson et D. Schneiderman, «Smoking Guns: The Federal Government Confronts The Tobacco and

tional Forum 16; and Peter W. Hogg's testimony before the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, October 26, 1995.

Before determining whether the three criminal law criteria are met by this legislation, some general observations on the criminal law power may be apposite. Criminal law, as this Court has stated in numerous cases, constitutes a broad area of federal jurisdiction: *RJR-MacDonald*, *supra*; *Hydro-Québec*, *supra*; and *Margarine Reference*, *supra*. The criminal law stands on its own as federal jurisdiction. Although it often overlaps with provincial jurisdiction over property and civil rights, it is not "carved out" from provincial jurisdiction, contrary to the view of Conrad J.A. It also includes the law of criminal procedure, which regulates many aspects of criminal law enforcement, such as arrest, search and seizure of evidence, the regulation of electronic surveillance and the forfeiture of stolen property.

Not only is the criminal law a "stand-alone" jurisdiction, it also finds its expression in a broad range of legislation. The *Criminal Code* is the quintessential federal enactment under its criminal jurisdiction, but it is not the only one. The *Food and Drugs Act*, the *Hazardous Products Act*, the *Lord's Day Act*, and the *Tobacco Products Control Act* have all been held to be valid exercises of the criminal law power: see *Standard Sausage Co. v. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501 (B.C.C.A.); *R. v. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 312 (Man. C.A.); *Big M Drug Mart*, *supra* (legislation struck down on other grounds); and *RJR-MacDonald*, *supra* (legislation struck down on other grounds), respectively. Thus the fact that some of the provisions of the *Firearms Act* are not contained within the *Criminal Code* has no significance for the purposes of constitutional classification.

Although the criminal law power is broad, it is not unlimited. Some of the parties before us

Gun Lobbies» (1995), 7 *Forum Constitutionnel* 16; ainsi que le témoignage de Peter W. Hogg devant le Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, le 26 octobre 1995.

Avant de déterminer si les trois critères de droit criminel sont respectés par cette loi, il y a lieu de faire quelques observations générales sur la compétence en matière de droit criminel. Comme notre Cour l'a indiqué dans de nombreux arrêts, c'est un vaste domaine de compétence fédérale: *RJR-MacDonald*, *Hydro-Québec*, et *Renvoi sur la margarine*, précités. Le droit criminel a une place à part comme chef de compétence fédérale. Malgré des chevauchements multiples avec la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils, il ne résulte pas d'un «découpage» de la compétence provinciale, contrairement à l'opinion du juge Conrad de la Cour d'appel. Il englobe aussi la procédure pénale, qui régit plusieurs aspects de son application, comme l'arrestation, la fouille, la perquisition et la saisie d'éléments de preuve, la réglementation de l'écoute électronique et la confiscation des biens volés.

Non seulement le droit criminel se situe-t-il à part comme chef de compétence, mais il s'exprime aussi dans une vaste gamme de lois. Le *Code criminel* est la quintessence même d'un texte législatif fédéral en matière de droit criminel, mais il n'est pas le seul. La *Loi sur les aliments et drogues*, la *Loi sur les produits dangereux*, la *Loi sur le dimanche* et la *Loi réglementant les produits du tabac* ont toutes été jugées constituer un exercice valide de la compétence en matière criminelle: *Standard Sausage Co. c. Lee*, [1933] 4 D.L.R. 501 (B.C.C.A.); *R. c. Cosman's Furniture (1972) Ltd.* (1976), 73 D.L.R. (3d) 312 (C.A. Man.); *Big M Drug Mart*, précité (dispositions législatives annulées pour d'autres motifs); et *RJR-MacDonald*, précité (dispositions législatives annulées pour d'autres motifs). Par conséquent, le fait que certaines dispositions de la *Loi sur les armes à feu* ne se retrouvent pas dans le *Code criminel* n'est pas pertinent pour les fins de la qualification constitutionnelle.

La compétence en matière de droit criminel est vaste, mais elle n'est pas illimitée. Certaines par-

28

29

30

expressed the fear that the criminal law power might be illegitimately used to invade the provincial domain and usurp provincial power. A properly restrained understanding of the criminal law power guards against this possibility.

31 Within this context, we return to the three criteria that a law must satisfy in order to be classified as criminal. The first step is to consider whether the law has a valid criminal law purpose. Rand J. listed some examples of valid purposes in the *Margarine Reference* at p. 50: “Public peace, order, security, health, morality: these are the ordinary though not exclusive ends served by [criminal] law”. Earlier, we concluded that the gun control law in pith and substance is directed at public safety. This brings it clearly within the criminal law purposes of protecting public peace, order, security and health.

32 In determining whether the purpose of a law constitutes a valid criminal law purpose, courts look at whether laws of this type have traditionally been held to be criminal law: see *Morgentaler, supra*, at p. 491, and *RJR-MacDonald, supra*, at para. 204; see also *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226, *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43, and *R. v. Zelensky*, [1978] 2 S.C.R. 940. Courts have repeatedly held that gun control comes within the criminal law sphere. As Fraser C.J.A. demonstrated in her judgment, gun control has been a matter of criminal law since before the enactment of the *Criminal Code* in 1892, and has continued since that date (see also E. M. Davies, “The 1995 Firearms Act: Canada’s Public Relations Response to the Myth of Violence” (2000), 6 *Appeal* 44, and M. L. Friedland, *A Century of Criminal Justice* (1984), at pp. 125 ff.).

33 Gun control has traditionally been considered valid criminal law because guns are dangerous and pose a risk to public safety. Section 2 of the *Criminal Code* (as amended by s. 138(2) of the *Firearms Act*) defines a “firearm” as “a barrelled weapon from which any shot, bullet or other projectile can

ties ont exprimé devant notre cour la crainte que cette compétence soit utilisée de façon illégitime pour envahir un domaine provincial et usurper des pouvoirs provinciaux. Une perception dûment pondérée de la compétence en matière de droit criminel exclut cette éventualité.

Dans ce contexte, revenons aux trois critères qu’une loi doit respecter pour être considérée comme relevant du droit criminel. La première étape consiste à déterminer si la loi a un objet valide de droit criminel. Le juge Rand a donné certains exemples d’objets valides dans le *Renvoi sur la margarine*, à la p. 50: [TRADUCTION] «La paix publique, l’ordre, la sécurité, la santé, la moralité: ce sont les fins habituelles, mais pas exclusives, du droit [criminel]». Nous avons conclu précédemment que, de par son caractère véritable, la loi sur le contrôle des armes à feu visait la sécurité publique, ce qui la place clairement dans l’objectif de droit criminel que constitue la protection de la paix publique, de l’ordre, de la sécurité et de la santé.

Pour déterminer si l’objet d’une loi est un objet de droit criminel valide, les tribunaux examinent si les lois de ce genre sont habituellement jugées relever du droit criminel: *Morgentaler*, précité, à la p. 491, et *RJR-MacDonald*, précité, au par. 204; également *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226, *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43, et *R. c. Zelensky*, [1978] 2 R.C.S. 940. Les tribunaux ont conclu à maintes reprises que le contrôle des armes à feu relevait de la compétence en matière de droit criminel. Comme le juge en chef Fraser l’a démontré dans ses motifs, le contrôle des armes à feu est une matière de droit criminel depuis avant l’adoption du *Code criminel* en 1892, et cela est toujours le cas (voir aussi E. M. Davies, «The 1995 Firearms Act: Canada’s Public Relations Response to the Myth of Violence» (2000), 6 *Appeal* 44, et M. L. Friedland, *A Century of Criminal Justice* (1984), aux pp. 125 et suiv.).

Le contrôle des armes à feu est traditionnellement considéré comme relevant valablement du droit criminel parce que les armes à feu sont dangereuses et constituent un risque pour la sécurité publique. L’article 2 du *Code criminel* (modifié par le par. 138(2) de la *Loi sur les armes à feu*)

be discharged and that is capable of causing serious bodily injury or death to a person" (emphasis added). This demonstrates that Parliament views firearms as dangerous and regulates their possession and use on that ground. The law is limited to restrictions which are directed at safety purposes. As such, the regulation of guns as dangerous products is a valid purpose within the criminal law power: see *R. v. Felawka*, [1993] 4 S.C.R. 199; *RJR-MacDonald*, *supra*; *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284; and *Cosman's Furniture*, *supra*.

The finding of a valid criminal law purpose does not end the inquiry, however. In order to be classified as a valid criminal law, that purpose must be connected to a prohibition backed by a penalty. The 1995 gun control law satisfies these requirements. Section 112 of the *Firearms Act* prohibits the possession of a firearm without a registration certificate. Section 91 of the *Criminal Code* (as amended by s. 139 of the *Firearms Act*) prohibits the possession of a firearm without a licence and a registration certificate. These prohibitions are backed by penalties: see s. 115 of the *Firearms Act* and s. 91 of the *Code*.

It thus appears that the 1995 gun control law possesses all three criteria required for a criminal law. However, Alberta and the provinces raised a number of objections to this classification which must be considered.

(1) Regulation or Criminal Prohibition?

The first objection is that the *Firearms Act* is essentially regulatory rather than criminal legislation because of the complexity of the law and the discretion it grants to the chief firearms officer. These aspects of the law, the provinces argue, are the hallmarks of regulatory legislation, not the criminal law: see Hogg, *supra*, at pp. 18-25 and 18-26.

Despite its initial appeal, this argument fails to advance Alberta's case. The fact that the Act is

définit une «arme à feu» comme «[t]oute arme [. . .] susceptible, grâce à un canon qui permet de tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile, d'infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne» (nous soulignons). Cela démontre que le Parlement considère les armes à feu comme dangereuses et qu'il réglemente leur possession et leur usage pour ce motif. La loi se limite à prévoir des restrictions pour des fins de sécurité. En cela, la réglementation des armes à feu en tant que produits dangereux est un objet valide de droit criminel: *R. c. Felawka*, [1993] 4 R.C.S. 199; *RJR-MacDonald*, précité; *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284; et *Cosman's Furniture*, précité.

La constatation de l'existence d'un objet valide de droit criminel ne conclut toutefois pas l'analyse. Il faut aussi que cet objet soit lié à une interdiction assortie d'une sanction. La loi de 1995 sur le contrôle des armes à feu satisfait à ces exigences. L'article 112 de la *Loi sur les armes à feu* interdit la possession d'une arme à feu sans certificat d'enregistrement. L'article 91 du *Code criminel* (modifié par l'art. 139 de la *Loi sur les armes à feu*) interdit la possession d'une arme à feu sans permis et certificat d'enregistrement. Ces interdictions sont assorties de sanctions: voir l'art. 115 de la *Loi sur les armes à feu* et l'art. 91 du *Code*.

Il ressort donc que la loi de 1995 sur le contrôle des armes à feu possède les trois critères requis pour relever du droit criminel. L'Alberta et les autres provinces ont toutefois soulevé d'autres objections qui nous devons examiner.

(1) Réglementation ou interdiction criminelle?

La première objection est que la *Loi sur les armes à feu* tient essentiellement de la réglementation et non de la législation pénale en raison de sa complexité et du pouvoir discrétionnaire qu'elle confère au contrôleur des armes à feu. Les provinces prétendent que ces aspects de la loi sont caractéristiques des lois de réglementation, et non pas des lois pénales: voir Hogg, *op. cit.*, aux pp. 18-25 et 18-26.

Malgré son attrait initial, cet argument n'aide pas la cause de l'Alberta. Le fait que la Loi soit

34

35

36

37

complex does not necessarily detract from its criminal nature. Other legislation, such as the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, and the *Canadian Environmental Protection Act*, R.S.C., 1985, c. 16 (4th Supp.), are legitimate exercises of the criminal law power, yet highly complex. Nor does the Act give the chief firearms officer or Registrar undue discretion. The offences are not defined by an administrative body, avoiding the difficulty identified in the dissenting judgment in *Hydro-Québec*, *supra*. They are clearly stated in the Act and the *Criminal Code*: no one shall possess a firearm without a proper licence and registration. While the Act provides for discretion to refuse to issue an authorization to carry or transport under s. 68 or a registration certificate under s. 69, that discretion is restricted by the Act. A licence shall be refused if the applicant is not eligible to hold one: s. 68. Eligibility to hold a licence is delineated in the rest of the Act: a person is ineligible to hold a licence if the person has been convicted of certain offences (s. 5(2)) or is subject to a prohibition order (s. 6); s. 7 requires the applicant to complete a safety course. Discretion regarding registration is also bounded by the Act. A refusal by the chief firearms officer or the Registrar must be for "good and sufficient reason": ss. 68 and 69; the refusal must be in writing with reasons given (s. 72). These provisions demonstrate that the Act does not give the chief firearms officer or the Registrar undue discretion. Furthermore, the chief firearms officer and the Registrar are explicitly subject to the supervision of the courts. Refusal or revocation of a licence or a registration certificate may be referred to a provincial court judge: s. 74. The courts will interpret the words "good and sufficient reason" in ss. 68 and 69 in line with the public safety purpose of the Act, ensuring that the exercise of discretion by the chief firearms officer and the Registrar is always wed to that purpose.

complexe ne lui enlève pas nécessairement son caractère pénal. D'autres lois, comme la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. 16 (4^e suppl.), sont des exercices légitimes de la compétence en matière de droit criminel et sont pourtant extrêmement complexes. La loi ne confère pas non plus un pouvoir discrétionnaire indu au contrôleur des armes à feu ou au directeur. Les infractions ne sont pas définies par un organisme administratif, ce qui évite le problème mentionné dans les motifs de dissidence de l'arrêt *Hydro-Québec*, précité. Elles sont clairement énoncées dans la Loi et dans le *Code criminel*: nul ne doit posséder d'arme à feu sans le permis et le certificat d'enregistrement requis. Si la Loi prévoit le pouvoir discrétionnaire de refuser des autorisations de port ou de transport, à l'art. 68, et un certificat d'enregistrement en vertu de l'art. 69, ce pouvoir discrétionnaire est limité par la Loi. Un permis peut être refusé à un demandeur qui ne répond pas aux critères d'admissibilité: art. 68. L'admissibilité à un permis est délimitée dans d'autres dispositions de la Loi: une personne ne peut pas obtenir de permis si elle a été déclarée coupable de certaines infractions (par. 5(2)) ou si elle fait l'objet d'une ordonnance d'interdiction (art. 6); l'art. 7 oblige le demandeur à réussir un cours sur la sécurité. Le pouvoir discrétionnaire relativement à l'enregistrement est également circonscrit par la Loi. Le contrôleur ou le directeur peut refuser l'enregistrement pour une «raison valable»: art. 68 et 69 et il doit notifier son refus par écrit et fournir ses motifs (art. 72). Ces dispositions démontrent que la Loi ne confère pas un pouvoir discrétionnaire indu au contrôleur ou au directeur. En outre, le contrôleur et le directeur sont expressément soumis à la surveillance des tribunaux. Le refus ou la révocation d'un permis ou d'un certificat d'enregistrement peut être renvoyé à un juge de cour provinciale: art. 74. Les tribunaux interpréteront les mots «raison valable» des art. 68 et 69 en fonction de l'objet de sécurité publique, de sorte que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du contrôleur et du directeur sera toujours lié à cet objet.

Furthermore, the law's prohibitions and penalties are not regulatory in nature. They are not confined to ensuring compliance with the scheme, as was the case in *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49, but stand on their own, independently serving the purpose of public safety. Nor are the prohibitions and penalties directed to the object of revenue generation. Parliament's intention was not to regulate property, but to ensure that only those who prove themselves qualified to hold a licence are permitted to possess firearms of any sort.

Alberta and the supporting interveners argued that the only way Parliament could address gun control would be to prohibit ordinary firearms outright. With respect, this suggestion is not supported by either logic or jurisprudence. First, the jurisprudence establishes that Parliament may use indirect means to achieve its ends. A direct and total prohibition is not required: see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, and *RJR-MacDonald*, *supra*. Second, exemptions from a law do not preclude it from being prohibitive and therefore criminal in nature: see *R. v. Furney*, [1991] 3 S.C.R. 89, *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616, and *Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia*, [1959] S.C.R. 497. Third, as noted above, the prohibition in this case is not merely designed to enforce a fee payment or regulatory scheme separate from the essential safety focus of the law: by way of contrast, see *Boggs*, *supra*. Finally, if prohibition is not required to make handgun control constitutional, which no one suggests, why should it be required for ordinary firearms?

In a related argument, some provincial interveners contended that if the purpose of the legislation is to reduce misuse, then the legislation should deal with misuse directly. On this view, Parliament could prohibit the careless or intentional misuse of guns, as it has in ss. 85-87 of the *Criminal Code*,

En outre, les interdictions et les sanctions de la loi ne sont pas de nature réglementaire. Elles ne se limitent pas à assurer le respect du régime, comme c'était le cas dans l'arrêt *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49, mais forment en elles-mêmes un tout et servent de façon indépendante les fins de la sécurité publique. Les interdictions et les sanctions ne sont pas liées à un objectif de production de revenus. Le Parlement ne visait pas à réglementer la propriété, mais à assurer que seuls seront autorisés à posséder une arme à feu ceux qui démontrent qu'ils satisfont aux conditions d'obtention des permis.

L'Alberta et les intervenants qui l'appuyaient ont soutenu que la seule façon pour le Parlement de contrôler les armes à feu serait d'interdire carrément les armes à feu ordinaires. Avec égards, cette proposition n'est étayée ni par la logique ni par la jurisprudence. Premièrement, la jurisprudence établit que le Parlement peut utiliser des moyens indirects pour atteindre ses fins. Une interdiction directe et totale n'est pas requise: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, et *RJR-MacDonald*, précité. Deuxièmement, les exemptions n'empêchent pas une loi d'être prohibitive et, par conséquent, de nature pénale: *R. c. Furney*, [1991] 3 R.C.S. 89, *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616, et *Lord's Day Alliance of Canada c. Attorney General of British Columbia*, [1959] R.C.S. 497. Troisièmement, comme on le dit plus haut, l'interdiction en l'espèce ne vise pas simplement à imposer le paiement de frais ou un régime de réglementation n'ayant rien à voir avec la sécurité, qui est l'objet essentiel de la loi: par contraste voir *Boggs*, précité. Enfin, si l'interdiction n'est pas requise pour rendre constitutionnel le contrôle des armes de poing, et personne ne prétend le contraire, pourquoi devrait-elle l'être pour les armes à feu ordinaires?

Invoquant un argument connexe, certains intervenants provinciaux ont soutenu que si l'objet de la loi était de réduire l'usage abusif, la loi devrait alors porter directement sur l'usage abusif. Selon cette opinion, le Parlement pourrait interdire l'usage négligent ou l'usage abusif volontaire des

38

39

40

but could not prohibit people from owning guns if they present risks to public safety or regulate how people store their guns. Again, the answer is that Parliament may use indirect means to further the end of public safety. The risks associated with ordinary firearms are not confined to the intentional or reckless conduct that might be deterred by a prohibition on misuse. The Attorney General of Canada argued, for example, that the suicide rate is increased by the availability of guns. A person contemplating suicide may be more likely to actually commit suicide if a gun is available, it was argued; therefore Parliament has a right to prevent people at risk, for example due to mental illness, from owning a gun. A prohibition on misuse is unlikely to deter a potential suicide; a prohibition on gun ownership may do so. Other examples where a prohibition on misuse falls short are not hard to envisage. A prohibition on misuse is unlikely to prevent the death of a child who plays with a gun; a prohibition on irresponsible ownership or careless storage may do so. Again, reducing availability may have a greater impact on whether a robber uses a gun than a law forbidding him to use it. Whether the 1995 gun law actually achieves these ends is not at issue before us; what is at issue is whether Parliament, in targeting these dangers, strayed outside its criminal law power. In our view, it did not.

(2) Property and Civil Rights or Criminal Law?

41 Alberta's second major objection to classifying the 1995 gun control scheme as criminal law is that it is indistinguishable from existing provincial property regulation schemes such as automobile and land title registries.

42 This argument overlooks the different purposes behind the federal restrictions on firearms and the

armes à feu, comme il l'a fait aux art. 85 à 87 du *Code criminel*, mais il ne pourrait pas interdire à une personne de posséder une arme à feu si cette personne constituait un risque pour la sécurité publique, ni réglementer la manière d'entreposer les armes à feu. Là encore, la réponse réside dans le fait que le Parlement peut utiliser des moyens indirects pour favoriser l'objet de sécurité publique. Les risques liés aux armes à feu ordinaires ne se limitent pas à la conduite volontaire ou négligente qui pourrait être dissuadée par l'interdiction de l'usage abusif. Le procureur général du Canada a prétendu, par exemple, que le taux de suicide augmente avec l'accès aux armes à feu. On a soutenu qu'une personne envisageant le suicide peut être plus susceptible de passer aux actes si une arme à feu est disponible; le Parlement a donc le droit d'empêcher les personnes à risques, en raison d'une maladie mentale par exemple, de posséder une arme à feu. L'interdiction de l'usage abusif ne préviendra vraisemblablement pas un suicide potentiel; l'interdiction de posséder une arme à feu peut le faire. Il n'est pas difficile d'imaginer d'autres exemples où l'interdiction de l'usage abusif est insuffisante. L'interdiction de l'usage abusif n'empêchera vraisemblablement pas la mort d'un enfant qui joue avec une arme à feu; une interdiction visant les propriétaires irresponsables ou l'entreposage négligent peut le faire. Là encore, la limitation de l'accès peut avoir plus d'effets sur l'usage d'armes à feu par des voleurs qu'une loi leur en interdisant l'usage. La question en litige n'est pas de savoir si la loi de 1995 sur le contrôle des armes à feu atteint vraiment ces fins mais si, en ciblant ces dangers, le Parlement a outrepassé sa compétence en matière de droit criminel. Nous sommes d'avis que non.

(2) Propriété et droits civils ou droit criminel?

La deuxième objection principale de l'Alberta à ce que le régime de 1995 sur le contrôle des armes à feu soit classé dans le droit criminel est qu'on ne peut le différencier de régimes provinciaux actuels de réglementation des biens, comme l'enregistrement des automobiles et des droits immobiliers.

Cet argument ne tient pas compte du fait que les restrictions fédérales sur les armes à feu et la régle-

provincial regulation of other forms of property. Guns are restricted because they are dangerous. While cars are also dangerous, provincial legislatures regulate the possession and use of automobiles not as dangerous products but rather as items of property and as an exercise of civil rights, pursuant to the provinces' s. 92(13) jurisdiction: *Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia*, [1977] 2 S.C.R. 504; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] S.C.R. 608; *Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan*, [1941] S.C.R. 396.

The argument that the federal gun control scheme is no different from the provincial regulation of motor vehicles ignores the fact that there are significant distinctions between the roles of guns and cars in Canadian society. Both firearms and automobiles can be used for socially approved purposes. Likewise, both may cause death and injury. Yet their primary uses are fundamentally different. Cars are used mainly as means of transportation. Danger to the public is ordinarily unintended and incidental to that use. Guns, by contrast, pose a pressing safety risk in many if not all of their functions. Firearms are often used as weapons in violent crime, including domestic violence; cars generally are not. Thus Parliament views guns as particularly dangerous and has sought to combat that danger by extending its licensing and registration scheme to all classes of firearms. Parliament did not enact the *Firearms Act* to regulate guns as items of property. The Act does not address insurance or permissible locations of use. Rather, the Act addresses those aspects of gun control which relate to the dangerous nature of firearms and the need to reduce misuse.

mentation provinciale d'autres types de biens visent des fins différentes. Les armes à feu sont l'objet de restrictions parce qu'elles sont dangereuses. Bien que les automobiles soient également dangereuses, les législatures provinciales réglementent la possession et l'utilisation des automobiles non pas en tant que produits dangereux, mais en tant qu'objets de propriété et en tant qu'exercice de droits civils en vertu de la compétence que leur confère le par. 92(13): *Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1977] 2 R.C.S. 504; *Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)*, [1958] R.C.S. 608; *Provincial Secretary of Prince Edward Island c. Egan*, [1941] R.C.S. 396.

L'argument que le régime fédéral de contrôle des armes à feu ne diffère pas de la réglementation provinciale des véhicules automobiles ne tient pas compte du fait qu'il y a des différences importantes entre le rôle des armes à feu et celui des automobiles dans la société canadienne. Tant les armes à feu que les automobiles peuvent être utilisées à des fins socialement acceptables. De même, les unes et les autres peuvent causer des blessures et la mort. Leurs principaux usages sont néanmoins fondamentalement différents. Les automobiles sont principalement des moyens de transport. Les dangers pour le public sont généralement involontaires et accessoires à leur usage. Les armes à feu, par contre, constituent un risque immédiat pour la sécurité dans plusieurs usages, voire tous les usages qui en sont faits. Les armes à feu sont souvent utilisées dans les crimes de violence, et notamment de violence familiale; les automobiles ne le sont pas. Le Parlement considère donc les armes à feu comme particulièrement dangereuses et a cherché à lutter contre ce danger en étendant le régime de permis et d'enregistrement à toutes les catégories d'armes à feu. Le Parlement n'a pas adopté la *Loi sur les armes à feu* pour les réglementer en tant qu'objets de propriété. La Loi ne traite pas d'assurance ou d'endroits où l'usage est permis. Par contre, elle traite des aspects du contrôle des armes à feu qui ont trait à leur nature dangereuse et à la nécessité d'en réduire l'usage abusif.

44 In a variation on the theme of property and civil rights, the opponents of the 1995 gun control law argue that ordinary guns, like rifles and shotguns, are common property, not dangerous property. Ordinary firearms are different, they argue, from the automatic weapons and handguns that Parliament has regulated in the past. Ordinary guns are used mainly for lawful purposes in hunting, trapping and ranching. Automatic weapons and handguns, by contrast, have few uses outside crime or war. The fact that Parliament has the right under the criminal law power to control automatic weapons and handguns does not, they argue, mean that Parliament has the right to regulate ordinary guns.

Toujours sur le thème de la propriété et des droits civils, les opposants à la loi de 1995 sur le contrôle des armes à feu prétendent que les armes à feu ordinaires, comme les carabines et les fusils de chasse, sont des biens ordinaires et non pas des biens dangereux. Selon eux, les armes à feu ordinaires sont différentes des armes automatiques et des armes de poing, que le Parlement réglementait déjà. Les armes à feu ordinaires servent principalement aux fins légitimes de la chasse, du piégeage et de l'élevage. Par opposition, les armes automatiques et les armes de poing ont peu d'usages autres que le crime et la guerre. On soutient que le fait que le Parlement ait le droit, en vertu de sa compétence en matière criminelle, de contrôler les armes automatiques et les armes de poing ne signifie pas qu'il a le droit de réglementer les armes à feu ordinaires.

45 The difficulty with this argument is that while ordinary guns are often used for lawful purposes, they are also used for crime and suicide, and cause accidental death and injury. Guns cannot be divided neatly into two categories — those that are dangerous and those that are not dangerous. All guns are capable of being used in crime. All guns are capable of killing and maiming. It follows that all guns pose a threat to public safety. As such, their control falls within the criminal law power.

La faiblesse de cet argument tient à ce que même si les armes à feu ordinaires sont souvent utilisées à des fins licites, elles le sont également pour le crime et le suicide, et elles causent des morts et des blessures accidentelles. On ne peut pas diviser clairement les armes à feu en deux catégories — celles qui sont dangereuses et celles qui ne le sont pas. Toutes les armes à feu sont susceptibles d'utilisation criminelle. Elles sont toutes susceptibles de tuer et de mutiler. Toutes les armes à feu sont donc une menace pour la sécurité publique. À ce titre, leur contrôle relève de la compétence en matière criminelle.

46 In a further variation on this argument, the provinces of Ontario and Saskatchewan submitted that even if the licensing provisions of the law were valid criminal legislation, the registration provisions are mainly provincial property legislation and should be severed and struck out. The argument is that the registration portions of the Act simply amount to regulation, with little connection to the public safety purpose advanced by the federal government to justify the Act as a whole. Conrad J.A. agreed with this argument, finding that although the Act “cleverly intertwines” the licensing and registration provisions through “clever packaging”, the registration provisions could be severed from the gun control law. As proof, she

Dans une autre variante de cet argument, les provinces de l'Ontario et de la Saskatchewan ont soutenu que même si les dispositions de la loi relatives aux permis étaient des dispositions valides de droit criminel, les dispositions relatives à l'enregistrement relevaient essentiellement de la compétence provinciale en matière de propriété et devraient être retranchées et annulées. L'argument est que les dispositions de la Loi relatives à l'enregistrement sont une simple réglementation ayant un lien ténu avec les fins de sécurité publique invoquées par le gouvernement fédéral pour justifier l'ensemble de la Loi. Le juge Conrad était d'accord avec cet argument, et a conclu que, même si la Loi [TRADUCTION] «lie habilement» dans un

pointed to the fact that the pre-existing firearms acquisition certificate scheme, governing prohibited and restricted arms, applied to ordinary firearms without being connected to a registration system.

We are not persuaded that the registration provisions can be severed from the rest of the Act, nor that they fail to serve Parliament's purpose in promoting public safety. The licensing provisions require everyone who possesses a gun to be licensed. The registration provisions require all guns to be registered. The combination of the two parts of the scheme is intended to ensure that when a firearm is transferred from one person to another, the recipient is licensed. Absent a registration system, this would be impossible to ascertain. If a gun is found in the possession of an unlicensed person, the registration system permits the government to determine where the gun originated. With a registration scheme in place, licensed owners can be held responsible for the transfer of their weapons. The registration system is also part of the general scheme of the law in reducing misuse. If someone is found guilty of a crime involving violence, or is prohibited from possessing a weapon, the registration scheme is expected to assist the police in determining whether the offender actually owns any guns and in confiscating them. The registration scheme is also intended to reduce smuggling and the illegal trade in guns. These interconnections demonstrate that the registration and licensing portions of the *Firearms Act* are both tightly linked to Parliament's goal in promoting safety by reducing the misuse of any and all firearms. Both portions are integral and necessary to the operation of the scheme. The government is not prevented from improving the system because the pre-existing firearms acquisition certificate system was not connected to a registration system. Moreover, prior to this Act, the federal government had a registration system for handguns. It now seeks to extend it to all guns. Contrary to the suggestions of

«emballage astucieux» les dispositions relatives aux permis et les dispositions relatives à l'enregistrement, les dispositions relatives à l'enregistrement pouvaient être retranchées de la loi sur le contrôle des armes à feu. La preuve en était, selon elle, que le régime antérieur de certificats d'acquisition, qui régissait les armes prohibées et les armes à autorisation restreinte, s'appliquait aux armes à feu ordinaires sans être lié à un système d'enregistrement.

Nous ne sommes pas convaincus que les dispositions relatives à l'enregistrement peuvent être retranchées de la Loi, ni qu'elles ne servent pas l'objet de sécurité publique poursuivi par le Parlement. Les dispositions relatives aux permis obligent quiconque possède une arme à feu à obtenir un permis. Les dispositions relatives à l'enregistrement exigent l'enregistrement de toutes les armes à feu. La combinaison des deux parties du régime vise à assurer que, lorsqu'une arme à feu change de propriétaire, le nouveau propriétaire ait un permis. Sans système d'enregistrement, cela serait impossible à vérifier. Si une arme à feu est trouvée en la possession d'une personne sans permis, le système d'enregistrement permet au gouvernement d'en déterminer la provenance. Avec un régime d'enregistrement en place, les propriétaires détenant un permis peuvent être tenus responsables de la cession de leurs armes. Le système d'enregistrement vise aussi, comme l'ensemble de la loi, à réduire l'usage abusif. Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'un crime de violence ou qu'il lui est interdit de posséder une arme, le régime d'enregistrement est censé aider la police à déterminer si le contrevenant possède en fait une arme à feu et à la confisquer. Le régime d'enregistrement vise également à réduire la contrebande et le commerce illégal des armes à feu. Ces liens multiples démontrent que les dispositions de la *Loi sur les armes à feu* relatives à l'enregistrement et aux permis sont tous deux étroitement liées au but visé par le Parlement, soit la promotion de la sécurité par la réduction de l'usage abusif de toutes les armes à feu. Ces deux catégories de dispositions sont partie intégrante et nécessaire du régime. Le fait que le régime antérieur de certificats d'acquisition n'était pas assorti d'un système d'enregistrement n'em-

Conrad J.A., no improper purpose in including registration in the scheme has been demonstrated.

pêche pas le gouvernement d'améliorer le système. De plus, avant l'adoption de la Loi, le gouvernement fédéral avait un système d'enregistrement pour les armes de poing. Il cherche maintenant à l'étendre à toutes les armes à feu. Contrairement à ce qu'a indiqué le juge Conrad, aucune fin inappropriée n'a été démontrée relativement à l'inclusion de l'enregistrement dans le régime.

(3) Undue Intrusion into Provincial Powers?

(3) Un empiétement indu sur les pouvoirs des provinces?

48

In a related argument, Alberta and the provincial interveners submit that this law inappropriately trenches on provincial powers and that upholding it as criminal law will upset the balance of federalism. In support of its submission, Alberta cites the work of D. M. Beatty, who suggests applying considerations of rationality and proportionality from the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* s. 1 cases to questions of legislative competence: *Constitutional Law in Theory and Practice* (1995). It seems far from clear to us that it would be helpful to apply the technique of weighing benefits and detriments used in s. 1 jurisprudence to the quite different exercise of defining the scope of the powers set out in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. This said, however, it is beyond debate that an appropriate balance must be maintained between the federal and provincial heads of power. A federal state depends for its very existence on a just and workable balance between the central and provincial levels of government, as this Court affirmed in *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; see also *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, *supra*. The courts, critically aware of the need to maintain this balance, have not hesitated to strike down legislation that does not conform with the requirements of the criminal law: see *Boggs*, *supra*, and the *Margarine Reference*, *supra*. The question is not whether such a balance is necessary, but whether the 1995 gun control law upsets that balance.

Dans un argument connexe, l'Alberta et les intervenants provinciaux soutiennent que la loi empiète indûment sur les pouvoirs des provinces et que la confirmation qu'elle relève du droit criminel rompra l'équilibre du fédéralisme. À l'appui de son argument, l'Alberta cite l'ouvrage de D. M. Beatty, qui propose d'appliquer aux questions de compétences législatives les considérations de rationalité et de proportionnalité issues des arrêts portant sur l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés: Constitutional Law in Theory and Practice* (1995). Il est loin d'être évident qu'il serait utile d'appliquer la technique de pondération des avantages et des inconvénients utilisée dans la jurisprudence relative à l'article premier à cet exercice très différent qu'est la définition de la portée des chefs de compétence établis par les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ceci dit, il est toutefois incontestable que l'équilibre approprié doit être maintenu entre les chefs de compétence fédéraux et provinciaux. L'existence même d'un État fédéral dépend de la présence d'un équilibre juste et fonctionnel entre le gouvernement central et les gouvernements provinciaux, comme notre Cour l'a affirmé dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; voir également *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, précité. Les tribunaux, très conscients de la nécessité de préserver cet équilibre, n'ont pas hésité à annuler des dispositions législatives non conformes aux exigences du droit criminel: *Boggs* et *Renvoi sur la margarine*, précités. La question n'est pas de savoir si cet équilibre est nécessaire, mais si la loi de 1995 sur le contrôle des armes à feu rompt l'équilibre.

The argument that the 1995 gun control law upsets the balance of Confederation may be seen as an argument that, viewed in terms of its effects, the law does not in pith and substance relate to public safety under the federal criminal law power but rather to the provincial power over property and civil rights. Put simply, the issue is whether the law is mainly in relation to criminal law. If it is, incidental effects in the provincial sphere are constitutionally irrelevant: see, e.g., *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)*, [1998] 3 S.C.R. 3, and *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. On the other hand, if the effects of the law, considered with its purpose, go so far as to establish that it is mainly a law in relation to property and civil rights, then the law is *ultra vires* the federal government. In summary, the question is whether the “provincial” effects are incidental, in which case they are constitutionally irrelevant, or whether they are so substantial that they show that the law is mainly, or “in pith and substance”, the regulation of property and civil rights.

In our view, Alberta and the provinces have not established that the effects of the law on provincial matters are more than incidental. First, the mere fact that guns are property does not suffice to show that a gun control law is in pith and substance a provincial matter. Exercises of the criminal law power often affect property and civil rights to some degree: *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368 (P.C.). Such effects are almost unavoidable, as many aspects of the criminal law deal with property and its ownership. The fact that such effects are common does not lessen the need to examine them. It does suggest, however, that we cannot draw sharp lines between criminal law and property and civil rights. Food, drugs and obscene materials are all items of property and are all legitimate subjects of criminal laws. In order to determine the proper classification of this law, then, we must go beyond the simplistic proposition that

L’argument que la loi de 1995 sur le contrôle des armes à feu rompt l’équilibre de la Confédération peut être considéré comme un argument selon lequel le caractère véritable de la loi, vu ses effets, n’a pas trait à la sécurité publique et donc à la compétence fédérale en matière criminelle, mais relève plutôt de la compétence provinciale sur la propriété et les droits civils. En termes simples, la question est de savoir si la loi est principalement relative au droit criminel. Si elle l’est, ses effets secondaires touchant des domaines de compétence provinciale ne sont pas pertinents sur le plan constitutionnel: voir, p. ex., *Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville)*, [1998] 3 R.C.S. 3, et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. En revanche, si les effets de la loi, compte tenu de son objet, sont suffisants pour établir qu’elle vise principalement la propriété et les droits civils, elle excède la compétence du gouvernement fédéral. En résumé, la question est de savoir si les effets «provinciaux» sont secondaires, auquel cas ils ne sont pas pertinents du point de vue constitutionnel, ou s’ils sont tellement importants qu’ils indiquent bien que la loi est principalement, ou de par son «caractère véritable», une réglementation de la propriété et des droits civils.

Nous estimons que l’Alberta et les provinces n’ont pas démontré que les effets de la loi sur les matières provinciales étaient plus que secondaires. Premièrement, le simple fait que les armes à feu sont des biens ne suffit pas pour démontrer que, de par son caractère véritable, une loi sur le contrôle des armes à feu relève d’une matière provinciale. L’exercice de la compétence en matière criminelle touche souvent, et à divers degrés, la propriété et les droits civils: *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, [1937] A.C. 368 (C.P.). De tels effets sont presque inévitables, puisque de nombreux aspects du droit criminel ont trait aux biens et à leur propriété. Le fait que ces effets sont habituels n’atténue pas la nécessité de les examiner. Cela indique toutefois que nous ne pouvons pas tracer une ligne bien définie entre le droit criminel et la propriété et les droits civils. Les aliments, les drogues et le matériel pornographique sont tous des objets de propriété et

guns are property and thus any federal regulation of firearms is *prima facie* unconstitutional.

sont tous légitimement des objets du droit criminel. Pour déterminer la qualification de la Loi, nous devons donc aller au-delà de la proposition simpliste que les armes à feu sont des biens et que, par conséquent, toute réglementation fédérale des armes à feu est inconstitutionnelle à première vue.

51 Second, the Act does not significantly hinder the ability of the provinces to regulate the property and civil rights aspects of guns. Most provinces already have regulations dealing with hunting, discharge within municipal boundaries, and other aspects of firearm use, and these are legitimate subjects of provincial regulation: see *R. v. Chiasson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 195 (N.B.C.A.), *aff'd* [1984] 1 S.C.R. 266. The Act does not affect these laws.

Deuxièmement, la Loi ne nuit pas de façon importante à la capacité des provinces de réglementer la propriété et les droits civils relativement aux armes à feu. La plupart des provinces réglementent déjà la chasse, le tir dans les municipalités ainsi que d'autres aspects de l'usage des armes à feu, et ces activités sont légitimement l'objet de réglementation provinciale: *R. c. Chiasson* (1982), 66 C.C.C. (2d) 195 (C.A.N.-B.), *conf. par* [1984] 1 R.C.S. 266. La Loi n'a aucun effet sur ces dispositions.

52 Third, the most important jurisdictional effect of this law is its elimination of the ability of the provinces to not have any regulations on the ownership of ordinary firearms. The provinces argue that it is in their power to choose whether or not to have such a law. By taking over the field, the federal government has deprived the provinces of that choice. Assuming (without deciding) that the provincial legislatures would have the jurisdiction to enact a law in relation to the property aspects of ordinary firearms, this does not prevent Parliament from addressing the safety aspects of ordinary firearms. The double aspect doctrine permits both levels of government to legislate in one jurisdictional field for two different purposes: *Egan, supra*.

Troisièmement, l'effet le plus important de cette loi, en matière de compétence, est l'élimination de la possibilité pour les provinces de ne pas réglementer la propriété des armes à feu ordinaires. Les provinces prétendent qu'elles ont le droit de choisir d'adopter ou non une loi de cette nature. En envahissant ce champ, le gouvernement fédéral a privé les provinces de ce choix. À supposer (sans le décider) que les législatures provinciales aient le pouvoir d'adopter une loi sur les aspects relatifs à la propriété des armes à feu ordinaires, cela n'empêche pas le Parlement d'en réglementer les aspects relatifs à la sécurité. La théorie du double aspect permet aux deux ordres de gouvernement de légiférer dans un même domaine de compétence à des fins différentes: *Egan*, précité.

53 Fourth, as discussed above, this law does not precipitate the federal government's entry into a new field. Gun control has been the subject of federal law since Confederation. This law does not allow the federal government to significantly expand its jurisdictional powers to the detriment of the provinces. There is no colourable intrusion into provincial jurisdiction, either in the sense that Parliament has an improper motive or that it is taking over provincial powers under the guise of the criminal law. While we are sensitive to the concern of the provincial governments that the federal jurisdiction over criminal law not be permitted such an

Quatrièmement, comme nous le disons plus haut, cette loi n'entraîne pas le gouvernement fédéral dans un nouveau domaine. Le contrôle des armes à feu fait l'objet du droit fédéral depuis la Confédération. Cette loi ne permet pas au gouvernement fédéral d'étendre ses pouvoirs de façon importante au détriment des provinces. Il n'y a aucun empiètement déguisé dans les domaines provinciaux, ni dans le sens que le Parlement a agi pour un motif inapproprié ni dans le sens qu'il s'approprie des pouvoirs provinciaux sous le couvert du droit criminel. Nous sommes sensibles à la crainte des gouvernements provinciaux qu'on

unlimited scope that it erodes the constitutional balance of powers, we do not believe that this legislation poses such a threat.

(4) Is Moral Content Required?

Yet another argument is that the ownership of guns is not criminal law because it is not immoral to own an ordinary firearm. There are two difficulties with this argument. The first is that while the ownership of ordinary firearms is not in itself regarded by most Canadians as immoral, the problems associated with the misuse of firearms are firmly grounded in morality. Firearms may be misused to take human life and to assist in other immoral acts, like theft and terrorism. Preventing such misuse can be seen as an attempt to curb immoral acts. Viewed thus, gun control is directed at a moral evil.

The second difficulty with the argument is that the criminal law is not confined to prohibiting immoral acts: see *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.). While most criminal conduct is also regarded as immoral, Parliament can use the criminal law to prohibit activities which have little relation to public morality. For instance, the criminal law has been used to prohibit certain restrictions on market competition: see *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, *supra*. Therefore, even if gun control did not involve morality, it could still fall under the federal criminal law power.

(5) Other Concerns

We recognize the concerns of northern, rural and aboriginal Canadians who fear that this law does not address their particular needs. They argue that it discriminates against them and violates treaty rights, and express concerns about their ability to access the scheme, which may be adminis-

trée par la compétence fédérale en matière criminelle une portée si grande qu'elle porterait atteinte à l'équilibre constitutionnel des pouvoirs, mais nous ne pensons pas que cette loi comporte ce risque.

(4) Un contenu moral est-il requis?

Un autre argument dit que la propriété des armes à feu ne relève pas du droit criminel parce qu'il n'est pas immoral de posséder une arme à feu ordinaire. Cet argument a deux failles. La première est que, même si la propriété d'une arme à feu ordinaire n'est pas considérée immorale en soi par la plupart des Canadiens, les problèmes découlant de l'usage abusif des armes à feu sont étroitement liés à la moralité. Les armes à feu peuvent servir à tuer et à faciliter la perpétration d'autres actes immoraux, comme le vol et le terrorisme. La prévention d'un tel usage abusif peut être interprétée comme une tentative d'enrayer des actes immoraux. De ce point de vue, le contrôle des armes à feu vise donc un mal moral.

La deuxième faille est que le droit criminel ne se limite pas à interdire les actes immoraux: voir *Proprietary Articles Trade Association c. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.). Bien que la plupart des activités criminelles soient également considérées comme immorales, le Parlement peut utiliser le droit criminel pour interdire des activités peu liées à la moralité publique. Par exemple, le droit criminel a été utilisé pour interdire certaines restrictions à la libre concurrence: voir *Attorney-General for British Columbia c. Attorney-General for Canada*, précité. Par conséquent, même si le contrôle des armes à feu ne comportait pas d'aspect moral, il pourrait néanmoins relever de la compétence fédérale en matière de droit criminel.

(5) Autres préoccupations

Nous sommes conscients des préoccupations des Canadiens des régions nordiques et rurales et de celles des Canadiens autochtones qui craignent que cette loi ne tienne pas compte de leurs besoins particuliers. Ils prétendent que cette loi est discriminatoire à leur endroit et qu'elle porte atteinte aux

54

55

56

tered from a great distance. These apprehensions are genuine, but they do not go to the question before us — Parliament's jurisdiction to enact this law. Whether a law could have been designed better or whether the federal government should have engaged in more consultation before enacting the law has no bearing on the division of powers analysis applied by this Court. If the law violates a treaty or a provision of the *Charter*, those affected can bring their claims to Parliament or the courts in a separate case. The reference questions, and hence this judgment, are restricted to the issue of the division of powers.

droits issus de traités, et ils s'inquiètent des possibilités d'accès à un régime qui pourrait être administré d'un endroit très lointain. Ces appréhensions sont sincères, mais elles ne concernent pas la question dont nous sommes saisis — la compétence du Parlement pour adopter cette loi. La question de savoir si une loi aurait pu être mieux conçue ou si le gouvernement fédéral aurait dû consulter davantage avant de l'adopter n'est pas pertinente dans l'analyse du partage des pouvoirs effectuée par notre Cour. Si la loi contrevient à un traité ou à une disposition de la *Charte*, ceux qui sont touchés peuvent s'adresser au Parlement ou aux tribunaux dans une affaire distincte. Les questions du renvoi et, par conséquent, la présente décision, se limitent à la question du partage des pouvoirs.

57

We also appreciate the concern of those who oppose this Act on the basis that it may not be effective or it may be too expensive. Criminals will not register their guns, Alberta argued. The only real effect of the law, it is suggested, is to burden law-abiding farmers and hunters with red tape. These concerns were properly directed to and considered by Parliament; they cannot affect the Court's decision. The efficacy of a law, or lack thereof, is not relevant to Parliament's ability to enact it under the division of powers analysis. Furthermore, the federal government points out that it is not only career criminals who are capable of misusing guns. Domestic violence often involves people who have no prior criminal record. Crimes are committed by first-time offenders. Finally, accidents and suicides occur in the homes of law-abiding people, and guns are stolen from their homes. By requiring everyone to register their guns, Parliament seeks to reduce misuse by everyone and curtail the ability of criminals to acquire firearms. Where criminals have acquired guns and used them in the commission of offences, the registration system seeks to make those guns more traceable. The cost of the program, another criti-

Nous sommes également conscients des préoccupations de ceux qui s'opposent à la Loi parce qu'elle peut se révéler inefficace ou trop coûteuse. L'Alberta a fait valoir que les criminels ne feraient pas enregistrer leurs armes. On prétend que le seul effet réel de la loi est d'imposer de la paperasserie à des agriculteurs et des chasseurs respectueux de la loi. Ces préoccupations ont été dûment soumises au Parlement et examinées par lui; elles ne peuvent avoir aucune incidence sur la décision de notre Cour. L'efficacité ou le manque d'efficacité d'une loi n'est pas pertinent pour déterminer si le Parlement a le pouvoir de l'adopter en vertu de l'analyse relative au partage des pouvoirs. En outre, le gouvernement fédéral souligne que les criminels professionnels ne sont pas les seuls à pouvoir faire un usage abusif des armes à feu. La violence familiale est souvent le fait de personnes qui n'ont pas d'antécédents judiciaires. Des crimes sont commis par des personnes qui n'ont jamais commis d'infraction auparavant. Enfin, des accidents, des suicides et des vols d'armes à feu se produisent chez des personnes respectueuses de la loi. En imposant à tous l'enregistrement des armes à feu, le Parlement cherche à réduire leur usage abusif par quiconque de même que la capacité des criminels d'acquérir des armes à feu. Le système d'enregistrement cherche à faciliter la localisation des armes à feu acquises et utilisées par des criminels. Le coût du programme, une autre critique

cism of the law, is equally irrelevant to our constitutional analysis.

VI. Conclusion

We conclude that the impugned sections of the *Firearms Act* contain prohibitions and penalties in support of a valid criminal law purpose. The legislation is in relation to criminal law pursuant to s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* and hence *intra vires* Parliament. It is not regulatory legislation and it does not take the federal government so far into provincial territory that the balance of federalism is threatened or the jurisdictional powers of the provinces are unduly impaired.

Having determined that the legislation constitutes a valid exercise of Parliament's jurisdiction over criminal law, it is unnecessary to consider whether the legislation can also be justified as an exercise of its peace, order and good government power.

We would dismiss the appeal. The licensing and registration provisions in the *Firearms Act* do not 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*. The Act is a valid exercise of Parliament's jurisdiction over criminal law pursuant to s. 91(27).

The answers to the reference questions are as follows:

Question 2:

- (1) No.
- (2) No.

Question 3:

- (1) No.
- (2) No.

dirigée contre la loi, est également sans pertinence dans notre analyse constitutionnelle.

VI. Conclusion

Nous concluons que les dispositions contestées de la *Loi sur les armes à feu* prévoient des interdictions et des sanctions à l'appui d'un objet valide de droit criminel. Cette loi se rapporte au droit criminel et, conformément au par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, relève de la compétence du Parlement. Cette loi n'est pas de nature réglementaire et elle ne pousse pas le gouvernement fédéral si loin dans le domaine réservé aux provinces que l'équilibre du fédéralisme en est rompu ou qu'il y a empiètement indu sur les domaines de compétence des provinces.

Étant donné que nous avons conclu que la loi constituait un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel, il est inutile de déterminer si la loi peut également être justifiée en tant qu'exercice de sa compétence relativement à la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Les dispositions de la *Loi sur les armes à feu* relatives aux permis et à l'enregistrement ne constituent pas une atteinte à la compétence de la législature de l'Alberta en matière de propriété et de droits civils qui est conférée par le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'adoption de la Loi est un exercice valide de la compétence du Parlement en matière de droit criminel qui est conférée par le par. 91(27).

Les réponses aux questions du renvoi sont les suivantes:

Question 2:

- (1) Non.
- (2) Non.

Question 3:

- (1) Non.
- (2) Non.

58

59

60

61

Appendix A — The Reference Questions

The Reference was initiated by Her Majesty the Queen in Right of Alberta on September 26, 1996 by Order in Council 461/96. The Lieutenant Governor in Council referred four specific questions to the Court (under headings 2 and 3):

1. For purposes of these questions,

(a) “*Firearms Act*” means the *Firearms Act*, chapter 39 of the Statutes of Canada, 1995;

(b) “ordinary firearm” means “firearm”, as defined in section 2 of the *Criminal Code* (Canada), as amended by section 138 of the *Firearms Act*, except that it does not include a “prohibited firearm” or a “restricted firearm” as those terms are defined in section 84 of the *Criminal Code* (Canada), as enacted by section 139 of the *Firearms Act*;

(c) “licensing provisions” means those portions of the *Firearms Act* relating to the mandatory regime of licensing for those persons who own or possess or wish to own or possess an ordinary firearm, including, without limitation, sections 5 to 10, 54, 55, 56, 58, 61, 64, 67, 68 and 70, and the related enforcement provisions of the *Criminal Code* (Canada), as enacted by section 139 of the *Firearms Act*;

(d) “Registration provisions” means those portions of the *Firearms Act* relating to the mandatory regime of registration for an ordinary firearm, including, without limitation, sections 13 to 16, 54, 60, 61, 66, 69, 71, 82 to 94, 112 and 115, and the related enforcement provisions of the *Criminal Code* (Canada), as enacted by section 139 of the *Firearms Act*.

2. (1) Do the licensing provisions, insofar as they relate to an ordinary firearm, constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

(2) If the answer to the question posed in subsection (1) is “yes”, are the licensing provisions ultra vires the Parliament of Canada insofar as they regulate the possession or ownership of an ordinary firearm?

Appendice A — Les questions du renvoi

Le renvoi a été soumis par Sa Majesté la Reine du chef de l’Alberta le 26 septembre 1996 au moyen du décret 461/96. Le lieutenant gouverneur en conseil a déferé quatre questions précises à la Cour (sous les numéros 2 et 3):

[TRADUCTION]

1. Les définitions qui suivent s’appliquent aux présentes questions:

a) «*Loi sur les armes à feu*» s’entend de la *Loi sur les armes à feu*, chapitre 39 des Lois du Canada, 1995;

b) «arme à feu ordinaire» s’entend de l’«arme à feu» définie à l’art. 2 du *Code criminel* du Canada, modifié par l’art. 138 de la *Loi sur les armes à feu*, à l’exclusion de l’«arme à feu prohibée» et de l’«arme à feu à autorisation restreinte», définies à l’art. 84 du *Code criminel* du Canada édicté par l’art. 139 de la *Loi sur les armes à feu*;

c) «dispositions relatives à la délivrance des permis» s’entendent des parties de la *Loi sur les armes à feu* relatives au régime de délivrance des permis obligatoires qui est applicable aux propriétaires ou aux possesseurs d’armes à feu ordinaires ou à ceux qui veulent le devenir, et notamment, des art. 5 à 10, 54, 55, 56, 58, 61, 64, 67, 68 et 70, ainsi que des dispositions d’application connexes du *Code criminel* du Canada édictées par l’art. 139 de la *Loi sur les armes à feu*;

d) «dispositions relatives à l’enregistrement» s’entendent des parties de la *Loi sur les armes à feu* relatives au régime d’enregistrement obligatoire des armes à feu ordinaires, et notamment, des art. 13 à 16, 54, 60, 61, 66, 69, 71, 82 à 94, 112 et 115, ainsi que des dispositions d’application connexes du *Code criminel* du Canada édictées par l’art. 139 de la *Loi sur les armes à feu*.

2. (1) Dans la mesure où elles se rapportent aux armes à feu ordinaires, les dispositions relatives à la délivrance des permis empiètent-elles sur la compétence en matière de propriété et de droits civils que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à la législature de l’Alberta?

(2) Si la réponse donnée à la question posée au paragraphe (1) est affirmative, les dispositions relatives à la délivrance des permis excèdent-elles la compétence du Parlement du Canada dans la mesure où elles réglementent la possession ou la propriété des armes à feu ordinaires?

3. (1) Do the registration provisions, as they relate to an ordinary firearm, constitute an infringement of the jurisdiction of the Legislature of Alberta with respect to the regulation of property and civil rights pursuant to subsection 92(13) of the *Constitution Act, 1867*?

(2) If the answer to the question posed in subsection (1) is “yes”, are the registration provisions ultra vires the Parliament of Canada insofar as they require registration of an ordinary firearm?

Appendix B — The Legislation

This is the version of the *Firearms Act* as assented to, and as referred to the Alberta Court of appeal by Order in Council 461/96. It does not take into account any amendments to the Act.

5. (1) A person is not eligible to hold a licence if it is desirable, in the interests of the safety of that or any other person, that the person not possess a firearm, a cross-bow, a prohibited weapon, a restricted weapon, a prohibited device, ammunition or prohibited ammunition.

(2) In determining whether a person is eligible to hold a licence under subsection (1), a chief firearms officer or, on a reference under section 74, a provincial court judge shall have regard to whether the person, within the previous five years,

(a) has been convicted or discharged under section 736 of the *Criminal Code* of

(i) an offence in the commission of which violence against another person was used, threatened or attempted,

(ii) an offence under this Act or Part III of the *Criminal Code*,

(iii) an offence under section 264 of the *Criminal Code* (criminal harassment), or

(iv) an offence relating to the contravention of subsection 39(1) or (2) or 48(1) or (2) of the *Food and Drugs Act* or subsection 4(1) or (2) or 5(1) of the *Narcotic Control Act*;

(b) has been treated for a mental illness, whether in a hospital, mental institute, psychiatric clinic or otherwise and whether or not the person was confined to such a hospital, institute or clinic, that was associated with violence or threatened or attempted violence on the part of the person against any person; or

3. (1) Les dispositions relatives à l'enregistrement applicables aux armes à feu ordinaires empiètent-elles sur la compétence en matière de propriété et de droits civils que le par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère à la législature de l'Alberta?

(2) Si la réponse donnée à la question posée au paragraphe (1) est affirmative, les dispositions relatives à l'enregistrement excèdent-elles la compétence du Parlement du Canada dans la mesure où elles exigent l'enregistrement des armes à feu ordinaires?

Appendice B — Les dispositions législatives

Le texte qui suit est la version de la *Loi sur les armes à feu* telle que déferée à la Cour d'appel de l'Alberta par le décret 461/96 et ne contient pas les modifications qui ont pu y être apportées depuis.

5. (1) Le permis ne peut être délivré lorsqu'il est souhaitable, pour sa sécurité ou celle d'autrui, que le demandeur n'ait pas en sa possession une arme à feu, une arbalète, une arme prohibée, une arme à autorisation restreinte, un dispositif prohibé, des munitions ou des munitions prohibées.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), le contrôleur des armes à feu ou, dans le cas d'un renvoi prévu à l'article 74, le juge de la cour provinciale tient compte, pour les cinq ans précédant la date de la demande, des éléments suivants:

a) le demandeur a été déclaré coupable ou absous en application de l'article 736 du *Code criminel* d'une des infractions suivantes:

(i) une infraction commise avec usage, tentative ou menace de violence contre autrui,

(ii) une infraction à la présente loi ou à la partie III du *Code criminel*,

(iii) une infraction à l'article 264 du *Code criminel* (harcèlement criminel),

(iv) une infraction aux paragraphes 39(1) ou (2) ou 48(1) ou (2) de la *Loi sur les aliments et drogues* ou aux paragraphes 4(1) ou (2) ou 5(1) de la *Loi sur les stupéfiants*;

b) qu'il ait été interné ou non, il a été traité, notamment dans un hôpital, un institut pour malades mentaux ou une clinique psychiatrique, pour une maladie mentale caractérisée par la menace, la tentative ou l'usage de violence contre lui-même ou autrui;

(c) has a history of behaviour that includes violence or threatened or attempted violence on the part of the person against any person.

(3) Notwithstanding subsection (2), in determining whether a non-resident who is eighteen years old or older and by or on behalf of whom an application is made for a sixty-day licence authorizing the non-resident to possess firearms that are neither prohibited firearms nor restricted firearms is eligible to hold a licence under subsection (1), a chief firearms officer or, on a reference under section 74, a provincial court judge may but need not have regard to the criteria described in subsection (2).

6. (1) A person is eligible to hold a licence only if the person is not prohibited by a prohibition order from possessing any firearm, cross-bow, prohibited weapon, restricted weapon, prohibited device or prohibited ammunition.

(2) Subsection (1) is subject to any order made under section 113 of the *Criminal Code* (lifting of prohibition order for sustenance or employment).

7. (1) An individual is eligible to hold a licence only if the individual

(a) successfully completes the Canadian Firearms Safety Course, as given by an instructor who is designated by a chief firearms officer, and passes the tests, as administered by an instructor who is designated by a chief firearms officer, that form part of that Course;

(b) except in the case of an individual who is less than eighteen years old, passes the tests, as administered by an instructor who is designated by a chief firearms officer, that form part of that Course;

(c) successfully completed, before January 1, 1995, a course that the attorney general of the province in which the course was given had, during the period beginning on January 1, 1993 and ending on December 31, 1994, approved for the purposes of section 106 of the former Act; or

(d) passed, before January 1, 1995, a test that the attorney general of the province in which the test was administered had, during the period beginning on January 1, 1993 and ending on December 31, 1994, approved for the purposes of section 106 of the former Act.

(2) An individual is eligible to hold a licence authorizing the individual to possess restricted firearms only if the individual

c) l'historique de son comportement atteste la menace, la tentative ou l'usage de violence contre lui-même ou autrui.

(3) Par dérogation au paragraphe (2), pour l'application du paragraphe (1) au non-résident âgé d'au moins dix-huit ans ayant déposé — ou fait déposer — une demande de permis de possession, pour une période de soixante jours, d'une arme à feu qui n'est pas une arme à feu prohibée ni une arme à feu à autorisation restreinte, le contrôleur des armes à feu ou, dans le cas d'un renvoi prévu à l'article 74, le juge de la cour provinciale peut tenir compte des critères prévus au paragraphe (2), sans toutefois y être obligé.

6. (1) Le permis ne peut être délivré lorsqu'une ordonnance d'interdiction interdit au demandeur la possession d'une arme à feu, d'une arbalète, d'une arme prohibée, d'une arme à autorisation restreinte, d'un dispositif prohibé ou de munitions prohibées.

(2) Le paragraphe (1) s'applique compte tenu des ordonnances rendues sous le régime de l'article 113 du *Code criminel* (levée de l'interdiction).

7. (1) La délivrance d'un permis à un particulier est subordonnée à la réussite d'un des cours ou examens suivants:

a) le Cours canadien de sécurité dans le maniement des armes à feu, contrôlé par l'examen y afférent, dont est chargé un instructeur désigné par le contrôleur des armes à feu;

b) sauf dans le cas d'un particulier âgé de moins de dix-huit ans, l'examen de contrôle de ce cours que lui fait passer un instructeur désigné par le contrôleur des armes à feu;

c) avant le 1^{er} janvier 1995, un cours agréé — au cours de la période commençant le 1^{er} janvier 1993 et se terminant le 31 décembre 1994 — par le procureur général de la province où il a eu lieu pour l'application de l'article 106 de la loi antérieure;

d) avant le 1^{er} janvier 1995, un examen agréé — au cours de la période commençant le 1^{er} janvier 1993 et se terminant le 31 décembre 1994 — par le procureur général de la province où il a eu lieu pour l'application de l'article 106 de la loi antérieure.

(2) La délivrance d'un permis de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte à un particulier est subordonnée à la réussite:

- (a) successfully completes a restricted firearms safety course that is approved by the federal Minister, as given by an instructor who is designated by a chief firearms officer, and passes any tests, as administered by an instructor who is designated by a chief firearms officer, that form part of that course; or
- (b) passes a restricted firearms safety test, as administered by an instructor who is designated by a chief firearms officer, that is approved by the federal Minister.
- (3) An individual against whom a prohibition order was made
- (a) is eligible to hold a licence only if the individual has, after the expiration of the prohibition order,
- (i) successfully completed the Canadian Firearms Safety Course, as given by an instructor who is designated by a chief firearms officer, and
- (ii) passed the tests, as administered by an instructor who is designated by a chief firearms officer, that form part of that Course; and
- (b) is eligible to hold a licence authorizing the individual to possess restricted firearms only if the individual has, after the expiration of the prohibition order,
- (i) successfully completed a restricted firearms safety course that is approved by the federal Minister, as given by an instructor who is designated by a chief firearms officer, and
- (ii) passed any tests, as administered by an instructor who is designated by a chief firearms officer, that form part of that course.
- (4) Subsections (1) and (2) do not apply to an individual who
- (a) in the prescribed circumstances, has been certified by a chief firearms officer as meeting the prescribed criteria relating to the safe handling and use of firearms and the laws relating to firearms;
- (b) is less than eighteen years old and requires a firearm to hunt or trap in order to sustain himself or herself or his or her family;
- (c) on the commencement day, possessed one or more firearms and does not require a licence to acquire other firearms;
- (d) requires a licence merely to acquire cross-bows; or
- a) soit d'un cours sur la sécurité des armes à feu à autorisation restreinte, agréé par le ministre fédéral et contrôlé par un examen, dont est chargé un instructeur désigné par le contrôleur des armes à feu;
- b) soit d'un examen sur la sécurité des armes à feu à autorisation restreinte, agréé par le ministre fédéral, que lui fait passer un instructeur désigné par le contrôleur des armes à feu.
- (3) Le particulier qui est sous le coup d'une ordonnance d'interdiction peut devenir titulaire:
- a) d'un permis, s'il réussit, après l'expiration de celle-ci:
- (i) le Cours canadien de sécurité dans le maniement des armes à feu donné par un instructeur désigné par le contrôleur des armes à feu,
- (ii) les examens de contrôle de ce cours que lui fait passer un instructeur désigné par le contrôleur des armes à feu;
- b) d'un permis de possession d'une arme à feu à autorisation restreinte, s'il réussit, après l'expiration de celle-ci:
- (i) un cours sur la sécurité des armes à feu à autorisation restreinte, agréé par le ministre fédéral, donné par un instructeur désigné par le contrôleur des armes à feu,
- (ii) tout examen de contrôle de ce cours que lui fait passer un instructeur désigné par le contrôleur des armes à feu.
- (4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas, selon le cas, au particulier:
- a) dont la compétence en matière de législation sur les armes à feu et de règles de sécurité relatives à leur maniement et à leur usage a été certifiée conforme aux exigences réglementaires par le contrôleur des armes à feu dans les cas prévus par règlement;
- b) qui, âgé de moins de dix-huit ans, a besoin d'une arme à feu pour chasser, notamment à la trappe, afin de subvenir à ses besoins ou à ceux de sa famille;
- c) qui, à la date de référence, possédait une ou plusieurs armes à feu et n'a pas besoin d'un permis pour acquérir d'autres armes à feu;
- d) qui n'a besoin d'un permis que pour acquérir une arbalète;

(e) is a non-resident who is eighteen years old or older and by or on behalf of whom an application is made for a sixty-day licence authorizing the non-resident to possess firearms that are neither prohibited firearms nor restricted firearms.

(5) Subsection (3) does not apply to an individual in respect of whom an order is made under section 113 of the *Criminal Code* (lifting of prohibition order for sustenance or employment) and who is exempted by a chief firearms officer from the application of that subsection.

8. (1) An individual who is less than eighteen years old and who is otherwise eligible to hold a licence is not eligible to hold a licence except as provided in this section.

(2) An individual who is less than eighteen years old and who hunts or traps as a way of life is eligible to hold a licence if the individual needs to hunt or trap in order to sustain himself or herself or his or her family.

(3) An individual who is twelve years old or older but less than eighteen years old is eligible to hold a licence authorizing the individual to possess, in accordance with the conditions attached to the licence, a firearm for the purpose of target practice, hunting or instruction in the use of firearms or for the purpose of taking part in an organized competition.

(4) An individual who is less than eighteen years old is not eligible to hold a licence authorizing the individual to possess prohibited firearms or restricted firearms or to acquire firearms or cross-bows.

(5) An individual who is less than eighteen years old is eligible to hold a licence only if a parent or person who has custody of the individual has consented, in writing or in any other manner that is satisfactory to the chief firearms officer, to the issuance of the licence.

9. (1) A business is eligible to hold a licence authorizing a particular activity only if every person who stands in a prescribed relationship to the business is eligible under sections 5 and 6 to hold a licence authorizing that activity or the acquisition of restricted firearms.

(2) A business other than a carrier is eligible to hold a licence only if

e) qui est un non-résident âgé d'au moins dix-huit ans qui a déposé — ou fait déposer — une demande de permis l'autorisant à posséder, pour une période de soixante jours, une arme à feu qui n'est pas une arme à feu prohibée ni une arme à feu à autorisation restreinte.

(5) Le paragraphe (3) ne s'applique pas au particulier qui est sous le coup d'une ordonnance rendue sous le régime de l'article 113 du *Code criminel* (levée de l'interdiction) et qui est exempté de l'application de ce paragraphe par le contrôleur des armes à feu.

8. (1) Le permis ne peut être délivré au particulier âgé de moins de dix-huit ans qui répond par ailleurs aux critères d'admissibilité que dans les cas prévus au présent article.

(2) Le permis peut lui être délivré, quand la chasse, notamment la trappe, constitue son mode de vie, s'il a besoin de chasser ainsi pour subvenir à ses besoins ou à ceux de sa famille.

(3) Peut lui être également délivré, s'il a au moins douze ans, le permis de possession d'une arme à feu, conformément aux conditions précisées, pour se livrer au tir à la cible ou à la chasse, pour s'entraîner au maniement des armes à feu ou pour participer à une compétition de tir organisée.

(4) Ne peut lui être délivré en aucun cas un permis l'autorisant soit à posséder une arme à feu prohibée ou une arme à feu à autorisation restreinte, soit à acquérir une arbalète ou des armes à feu.

(5) Dans tous les cas, le permis ne peut lui être délivré qu'avec le consentement — exprimé par écrit ou de toute autre manière que le contrôleur des armes à feu juge satisfaisante — de ses père ou mère ou de la personne qui en a la garde.

9. (1) Pour qu'un permis autorisant une activité en particulier puisse être délivré à une entreprise, il faut que toutes les personnes liées à l'entreprise de manière réglementaire répondent aux critères d'admissibilité prévus par les articles 5 et 6 relativement à l'activité ou à l'acquisition d'armes à feu à autorisation restreinte.

(2) Le permis peut être délivré à l'entreprise qui n'est pas un transporteur lorsque le contrôleur des armes à feu décide qu'il n'est pas nécessaire pour les particuliers liés à l'entreprise de manière réglementaire, ou pour ceux de ces particuliers qu'il désigne, de répondre aux exigences prévues à l'article 7.

(a) a chief firearms officer determines that no individual who stands in a prescribed relationship to the business need be eligible to hold a licence under section 7; or

(b) the individuals who stand in a prescribed relationship to the business and who are determined by a chief firearms officer to be the appropriate individuals to satisfy the requirements of section 7 are eligible to hold a licence under that section.

(3) A business other than a carrier is eligible to hold a licence only if every employee of the business who, in the course of duties of employment, handles or would handle firearms, prohibited weapons, restricted weapons, prohibited devices or prohibited ammunition is the holder of a licence authorizing the holder to acquire restricted firearms.

(4) In subsection (3), “firearm” does not include a partially manufactured barrelled weapon that, in its unfinished state, is not a barrelled weapon

(a) from which any shot, bullet or other projectile can be discharged; and

(b) that is capable of causing serious bodily injury or death to a person.

(5) Subsection (1) does not apply in respect of a person who stands in a prescribed relationship to a business where a chief firearms officer determines that, in all the circumstances, the business should not be ineligible to hold a licence merely because of that person’s ineligibility.

(6) Subsection (3) does not apply in respect of an employee of a museum

(a) who, in the course of duties of employment, handles or would handle only firearms that are designed or intended to exactly resemble, or to resemble with near precision, antique firearms, and who has been trained to handle or use such a firearm; or

(b) who is designated, by name, by a provincial minister.

10. Sections 5, 6 and 9 apply in respect of a carrier whose business includes the transportation of firearms,

(3) Pour qu’un permis autorisant une activité en particulier puisse être délivré à une entreprise — qui n’est pas un transporteur —, il faut que chaque employé de cette entreprise qui manie ou est susceptible de manier des armes à feu, des armes prohibées, des armes à autorisation restreinte, des dispositifs prohibés ou des munitions prohibées dans le cadre de ses fonctions soit titulaire d’un permis l’autorisant à acquérir des armes à feu à autorisation restreinte.

(4) Pour l’application du paragraphe (3), «arme à feu» exclut une arme partiellement fabriquée pourvue d’un canon qui, dans son état incomplet, n’est pas une arme pourvue d’un canon susceptible de tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile et n’est pas capable d’infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne.

(5) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux personnes liées à une entreprise de manière réglementaire lorsque le contrôleur des armes à feu décide qu’en tout état de cause l’entreprise peut être titulaire du permis même si l’une d’entre elles ne peut l’être.

(6) Le paragraphe (3) ne s’applique pas aux employés d’un musée dans chacun des cas suivants:

a) ils manient ou sont susceptibles de manier, dans le cadre de leurs fonctions, seulement des armes à feu conçues de façon à avoir l’apparence exacte d’une arme à feu historique — ou à la reproduire le plus fidèlement possible — ou auxquelles on a voulu donner cette apparence et ont reçu la formation pour le maniement et l’usage de telles armes;

b) ils sont nominalement désignés par le ministre provincial.

10. Les articles 5, 6 et 9 s’appliquent aux transporteurs se livrant à des activités, notamment de transport

prohibited weapons, restricted weapons, prohibited devices or prohibited ammunition from one province to any other province, or beyond the limits of a province, as if each reference in those sections to a chief firearms officer were a reference to the Registrar.

13. A person is not eligible to hold a registration certificate for a firearm unless the person holds a licence authorizing the person to possess that kind of firearm.

14. A registration certificate may be issued only for a firearm

- (a) that bears a serial number sufficient to distinguish it from other firearms; or
- (b) that is described in the prescribed manner.

15. A registration certificate may not be issued for a firearm that is owned by Her Majesty in right of Canada or a province or by a police force.

16. (1) A registration certificate for a firearm may be issued to only one person.

(2) Subsection (1) does not apply in the case of a firearm for which a registration certificate referred to in section 127 was issued to more than one person.

54. (1) A licence, registration certificate or authorization may be issued only on application made in the prescribed form containing the prescribed information and accompanied by payment of the prescribed fees.

(2) An application for a licence, registration certificate or authorization must be made to

- (a) a chief firearms officer, in the case of a licence, an authorization to carry or an authorization to transport; or
- (b) the Registrar, in the case of a registration certificate, an authorization to export or an authorization to import.

(3) An individual who, on the commencement day, possesses one or more restricted firearms or one or more handguns referred to in subsection 12(6) (pre-February 14, 1995 handguns) must specify, in any application for a licence authorizing the individual to possess restricted firearms or handguns that are so referred to,

- (a) except in the case of a firearm described in paragraph (b), for which purpose described in section 28 the individual wishes to continue to possess restricted firearms or handguns that are so referred to; and

d'armes à feu, d'armes prohibées, d'armes à autorisation restreinte, de dispositifs prohibés ou de munitions prohibées reliant une province et une ou plusieurs autres provinces, ou débordant les limites d'une province, et, à cette fin, la mention du contrôleur des armes à feu vaut mention du directeur.

13. Le certificat d'enregistrement d'une arme à feu ne peut être délivré qu'au titulaire du permis autorisant la possession d'une telle arme à feu.

14. Le certificat d'enregistrement ne peut être délivré que pour une arme à feu qui:

- a) soit porte un numéro de série qui permet de la distinguer des autres armes à feu;
- b) soit encore est décrite de manière réglementaire.

15. Il n'est pas délivré de certificat d'enregistrement pour les armes à feu qui appartiennent à Sa Majesté ou au chef du Canada ou d'une province ou aux forces policières.

16. (1) Le certificat d'enregistrement ne peut être délivré qu'à une seule personne.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'arme à feu pour laquelle le certificat d'enregistrement visé à l'article 127 a été délivré à plus d'une personne.

54. (1) La délivrance des permis, des autorisations et des certificats d'enregistrement est subordonnée au dépôt d'une demande en la forme et avec les renseignements réglementaires et à l'acquittement des droits réglementaires.

(2) La demande est adressée:

- a) au contrôleur des armes à feu, dans le cas des permis et des autorisations de port et de transport;
- b) au directeur, dans le cas des certificats d'enregistrement et des autorisations d'exportation et d'importation.

(3) Le particulier qui possède une ou plusieurs armes à feu à autorisation restreinte ou armes de poing visées au paragraphe 12(6) (armes de poing: 14 février 1995) à la date de référence est tenu de préciser dans toute demande de permis correspondante:

- a) sauf s'il s'agit d'une arme à feu visée à l'alinéa b), pour laquelle des fins, prévues à l'article 28, il désire continuer cette possession;

(b) for which of those firearms was a registration certificate under the former Act issued because they were relics, were of value as a curiosity or rarity or were valued as a memento, remembrance or souvenir.

55. (1) A chief firearms officer or the Registrar may require an applicant for a licence or authorization to submit such information, in addition to that included in the application, as may reasonably be regarded as relevant for the purpose of determining whether the applicant is eligible to hold the licence or authorization.

(2) Without restricting the scope of the inquiries that may be made with respect to an application for a licence, a chief firearms officer may conduct an investigation of the applicant, which may consist of interviews with neighbours, community workers, social workers, individuals who work or live with the applicant, spouse, former spouse, dependants or whomever in the opinion of the chief firearms officer may provide information pertaining to whether the applicant is eligible under section 5 to hold a licence.

56. (1) A chief firearms officer is responsible for issuing licences.

(2) Only one licence may be issued to any one individual.

(3) A business other than a carrier requires a separate licence for each place where the business is carried on.

58. (1) A chief firearms officer who issues a licence, an authorization to carry or an authorization to transport may attach any reasonable condition to it that the chief firearms officer considers desirable in the particular circumstances and in the interests of the safety of the holder or any other person.

(2) Before attaching a condition to a licence that is to be issued to an individual who is less than eighteen years old and who is not eligible to hold a licence under subsection 8(2) (minors hunting as a way of life), a chief firearms officer must consult with a parent or person who has custody of the individual.

(3) Before issuing a licence to an individual who is less than eighteen years old and who is not eligible to hold a licence under subsection 8(2) (minors hunting as a way of life), a chief firearms officer shall have a parent or person who has custody of the individual sign the licence, including any conditions attached to it.

b) pour lesquelles de ces armes à feu a été délivré le certificat d'enregistrement prévu par la loi antérieure parce qu'elles sont des antiquités ou avaient une valeur de curiosité, de rareté, de commémoration ou de simple souvenir.

55. (1) Le contrôleur des armes à feu ou le directeur peut exiger du demandeur d'un permis ou d'une autorisation tout renseignement supplémentaire normalement utile pour lui permettre de déterminer si celui-ci répond aux critères d'admissibilité au permis ou à l'autorisation.

(2) Sans que le présent paragraphe ait pour effet de restreindre le champ des vérifications pouvant être menées sur une demande de permis, le contrôleur des armes à feu peut procéder à une enquête pour déterminer si le demandeur peut être titulaire du permis prévu à l'article 5 et, à cette fin, interroger des voisins de celui-ci, des travailleurs communautaires, des travailleurs sociaux, toute personne qui travaille ou habite avec lui, son conjoint, un ex-conjoint, des membres de sa famille ou toute personne qu'il juge susceptible de lui communiquer des renseignements pertinents.

56. (1) Les permis sont délivrés par le contrôleur des armes à feu.

(2) Il ne peut être délivré qu'un seul permis à un particulier.

(3) Un permis est délivré pour chaque établissement où l'entreprise — qui n'est pas un transporteur — exerce ses activités.

58. (1) Le contrôleur des armes à feu peut assortir les permis et les autorisations de port et de transport des conditions qu'il estime souhaitables dans les circonstances et en vue de la sécurité de leur titulaire ou d'autrui.

(2) Avant d'y procéder dans le cas d'un particulier âgé de moins de dix-huit ans qui n'est pas admissible au permis prévu au paragraphe 8(2) (chasse de subsistance par les mineurs), il consulte ses père ou mère ou la personne qui en a la garde.

(3) Avant de délivrer un permis au particulier visé au paragraphe (2), le contrôleur des armes à feu veille à ce que le père ou la mère ou la personne qui en a la garde ait connaissance des conditions dont est assorti le permis en exigeant leur signature sur celui-ci.

60. The Registrar is responsible for issuing registration certificates for firearms and assigning firearms identification numbers to them and for issuing authorizations to export and authorizations to import.

61. (1) A licence or registration certificate must be in the prescribed form and include the prescribed information and any conditions attached to it.

(2) An authorization to carry, authorization to transport, authorization to export or authorization to import may be in the prescribed form and include the prescribed information, including any conditions attached to it.

(3) An authorization to carry or authorization to transport may take the form of a condition attached to a licence.

(4) A licence that is issued to a business must specify each particular activity that the licence authorizes in relation to prohibited firearms, restricted firearms, firearms that are neither prohibited firearms nor restricted firearms, cross-bows, prohibited weapons, restricted weapons, prohibited devices, ammunition or prohibited ammunition.

64. (1) A licence that is issued to an individual who is eighteen years old or older expires on the earlier of

(a) five years after the birthday of the holder next following the day on which it is issued, and

(b) the expiration of the period for which it is expressed to be issued.

(2) A licence that is issued to an individual who is less than eighteen years old expires on the earlier of

(a) the day on which the holder attains the age of eighteen years, and

(b) the expiration of the period for which it is expressed to be issued.

(3) A licence that is issued to a business other than a museum expires on the earlier of

(a) one year after the day on which it is issued, and

(b) the expiration of the period for which it is expressed to be issued.

60. Le certificat d'enregistrement d'une arme à feu et le numéro d'enregistrement qui est attribué à celle-ci, de même que les autorisations d'exportation et d'importation, sont délivrés par le directeur.

61. (1) Les permis et les certificats d'enregistrement énoncent les conditions dont ils sont assortis; ils sont délivrés en la forme et énoncent les autres renseignements réglementaires.

(2) Les autorisations de port, de transport, d'exportation ou d'importation peuvent être délivrées en la forme réglementaire et énoncer les renseignements réglementaires, notamment les conditions dont elles sont assorties.

(3) Les autorisations de port ou de transport peuvent aussi prendre la forme d'une condition d'un permis.

(4) Les permis délivrés aux entreprises précisent toutes les activités particulières autorisées touchant aux armes à feu — notamment aux armes à feu prohibées et aux armes à feu à autorisation restreinte — aux arbalètes, aux armes prohibées, aux armes à autorisation restreinte, aux dispositifs prohibés, aux munitions ou aux munitions prohibées.

64. (1) Les permis délivrés aux particuliers âgés d'au moins dix-huit ans sont valides pour la période mentionnée, qui ne peut dépasser cinq ans après le premier anniversaire de naissance du titulaire suivant la date de délivrance.

(2) Les permis délivrés aux particuliers âgés de moins de dix-huit ans sont valides pour la période mentionnée, qui ne peut dépasser la date où le titulaire atteint l'âge de dix-huit ans.

(3) Les permis délivrés aux entreprises — autres que les musées — sont valides pour la période mentionnée, qui ne peut dépasser un an.

(4) A licence that is issued to a museum expires on the earlier of

- (a) three years after the day on which it is issued, and
- (b) the expiration of the period for which it is expressed to be issued.

66. A registration certificate for a firearm expires where

- (a) the holder of the registration certificate ceases to be the owner of the firearm; or
- (b) the firearm ceases to be a firearm.

67. (1) A chief firearms officer may renew a licence, authorization to carry or authorization to transport in the same manner and in the same circumstances in which a licence, authorization to carry or authorization to transport may be issued.

(2) On renewing a licence authorizing an individual to possess restricted firearms or handguns referred to in subsection 12(6) (pre-February 14, 1995 handguns), a chief firearms officer shall decide whether any of those firearms or handguns that the individual possesses are being used for

- (a) the purpose described in section 28 for which the individual acquired the restricted firearms or handguns; or
- (b) in the case of any of those firearms or handguns that were possessed by the individual on the commencement day, the purpose described in that section that was specified by the individual in the licence application.

(3) A chief firearms officer who decides that any restricted firearms or any handguns referred to in subsection 12(6) (pre-February 14, 1995 handguns) that are possessed by an individual are not being used for that purpose shall

- (a) give notice of that decision in the prescribed form to the individual; and
- (b) inform the Registrar of that decision.

(4) Subsections (2) and (3) do not apply to a firearm

(4) Les permis délivrés aux musées sont valides pour la période mentionnée, qui ne peut dépasser trois ans suivant la date de délivrance.

66. Le certificat d'enregistrement d'une arme à feu est valide tant que le titulaire du certificat demeure propriétaire de l'arme à feu ou que celle-ci demeure une arme à feu.

67. (1) Le contrôleur des armes à feu peut proroger les permis et les autorisations de port et de transport selon les modalités et les circonstances de leur délivrance.

(2) En cas de prorogation du permis de possession par un particulier d'une arme à feu à autorisation restreinte ou une arme de poing visée au paragraphe 12(6) (arme de poing: 14 février 1995), il détermine si celle-ci est utilisée conformément aux fins de l'acquisition prévues à l'article 28 ou, si elle était en sa possession à la date de référence, aux fins — conformes à celles prévues à cet article — précisées par le particulier dans la demande de permis.

(3) S'il détermine qu'une arme à feu à autorisation restreinte ou une arme de poing visée au paragraphe 12(6) (arme de poing: 14 février 1995) en la possession d'un particulier n'est pas utilisée aux fins indiquées, il notifie sa décision à celui-ci en la forme réglementaire et en informe le directeur.

(4) Les paragraphes (2) et (3) ne s'appliquent pas à une arme à feu:

(a) that is a relic, is of value as a curiosity or rarity or is valued as a memento, remembrance or souvenir;

(b) that was specified in the licence application as being a firearm for which a registration certificate under the former Act was issued because the firearm was a relic, was of value as a curiosity or rarity or was valued as a memento, remembrance or souvenir;

(c) for which a registration certificate under the former Act was issued because the firearm was a relic, was of value as a curiosity or rarity or was valued as a memento, remembrance or souvenir; and

(d) in respect of which an individual, on the commencement day, held a registration certificate under the former Act.

(5) A notice given under paragraph (3)(a) must include the reasons for the decision and be accompanied by a copy of sections 74 to 81.

68. A chief firearms officer shall refuse to issue a licence if the applicant is not eligible to hold one and may refuse to issue an authorization to carry or authorization to transport for any good and sufficient reason.

69. The Registrar may refuse to issue a registration certificate, authorization to export or authorization to import for any good and sufficient reason including, in the case of an application for a registration certificate, where the applicant is not eligible to hold a registration certificate.

70. (1) A chief firearms officer who issues a licence, authorization to carry or authorization to transport may revoke it for any good and sufficient reason including, without limiting the generality of the foregoing,

(a) where the holder of the licence or authorization

(i) is no longer or never was eligible to hold the licence or authorization,

(ii) contravenes any condition attached to the licence or authorization, or

(iii) has been convicted or discharged under section 736 of the *Criminal Code* of an offence referred to in paragraph 5(2)(a); or

(b) where, in the case of a business, a person who stands in a prescribed relationship to the business has

a) ayant une valeur de curiosité, de rareté, de commémoration ou de simple souvenir;

b) pour laquelle il est précisé dans la demande de permis que le certificat d'enregistrement prévu par la loi antérieure a été délivré parce qu'elle avait une telle valeur;

c) pour laquelle a été délivré le certificat d'enregistrement prévu par la loi antérieure parce qu'elle avait une telle valeur;

d) pour laquelle un particulier était titulaire, à la date de référence, d'un certificat d'enregistrement délivré en application de la loi antérieure.

(5) La notification prévue au paragraphe (3) comporte les motifs de la décision ainsi que le texte des articles 74 à 81.

68. Le contrôleur des armes à feu ne délivre pas de permis au demandeur qui ne répond pas aux critères d'admissibilité et peut refuser la délivrance des autorisations de port ou de transport pour toute raison valable.

69. Le directeur peut refuser la délivrance du certificat d'enregistrement et des autorisations d'exportation ou d'importation pour toute raison valable, notamment, dans le cas du certificat d'enregistrement, lorsque le demandeur n'y est pas admissible.

70. (1) Le contrôleur des armes à feu peut révoquer un permis ou une autorisation de port ou de transport pour toute raison valable, notamment parce que:

a) le titulaire soit ne peut plus ou n'a jamais pu être titulaire du permis ou de l'autorisation, soit enfreint une condition du permis ou de l'autorisation, soit encore a été déclaré coupable ou absous en application de l'article 736 du *Code criminel* d'une infraction visée à l'alinéa 5(2)a);

b) dans le cas d'une entreprise, une personne liée de manière réglementaire à celle-ci a été déclarée coupable

been convicted or discharged under section 736 of the *Criminal Code* of any such offence.

(2) The Registrar may revoke an authorization to export or authorization to import for any good and sufficient reason.

71. (1) The Registrar

(a) may revoke a registration certificate for any good and sufficient reason; and

(b) shall revoke a registration certificate for a firearm held by an individual where the Registrar is informed by a chief firearms officer under section 67 that the firearm is not being used for

(i) the purpose for which the individual acquired it, or

(ii) in the case of a firearm possessed by the individual on the commencement day, the purpose specified by the individual in the licence application.

(2) A registration certificate for a prohibited firearm referred to in subsection 12(3) (pre-August 1, 1992 converted automatic firearms) is automatically revoked on the change of any alteration in the prohibited firearm that was described in the application for the registration certificate.

82. The Commissioner of the Royal Canadian Mounted Police shall, after consulting with the federal Minister and the Solicitor General of Canada, appoint an individual as the Registrar of Firearms.

83. (1) The Registrar shall establish and maintain a registry, to be known as the Canadian Firearms Registry, in which shall be kept a record of

(a) every licence, registration certificate and authorization that is issued or revoked by the Registrar;

(b) every application for a licence, registration certificate or authorization that is refused by the Registrar;

(c) every transfer of a firearm of which the Registrar is informed under section 26 or 27;

ble ou absoute en application de l'article 736 du *Code criminel* d'une telle infraction.

(2) Le directeur peut révoquer les autorisations d'exportation ou d'importation pour toute raison valable.

71. (1) Le directeur peut révoquer le certificat d'enregistrement pour toute raison valable; il est tenu de le faire à l'égard d'une arme à feu en la possession d'un particulier dans le cas où le contrôleur des armes à feu l'informe, en application de l'article 67, que l'arme à feu n'est pas utilisée conformément aux fins de l'acquisition ou, en cas de possession d'une telle arme à feu à la date de référence, aux fins précisées par le particulier dans la demande de permis.

(2) Tout changement aux modifications décrites sur la demande de certificat d'enregistrement d'une arme à feu prohibée visée au paragraphe 12(3) (armes automatiques modifiées: 1^{er} août 1992) entraîne la révocation de plein droit du certificat.

82. Le directeur de l'enregistrement des armes à feu est nommé par le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, après consultation du ministre fédéral et du solliciteur général du Canada.

83. (1) Le directeur constitue et tient un registre, dénommé le Registre canadien des armes à feu, où sont notés:

a) les permis, certificats d'enregistrement ou autorisations qu'il délivre ou révoque;

b) les demandes de permis, de certificat d'enregistrement ou d'autorisation qu'il refuse;

c) les cessions d'armes à feu qui lui sont notifiées en vertu des articles 26 ou 27;

(d) every exportation from or importation into Canada of a firearm of which the Registrar is informed under section 42 or 50;

(e) every loss, finding, theft or destruction of a firearm of which the Registrar is informed under section 88; and

(f) such other matters as may be prescribed.

(2) The Registrar is responsible for the day-to-day operation of the Canadian Firearms Registry.

84. The Registrar may destroy records kept in the Canadian Firearms Registry at such times and in such circumstances as may be prescribed.

85. (1) The Registrar shall establish and maintain a record of

(a) firearms acquired or possessed by the following persons and used by them in the course of their duties or for the purposes of their employment, namely,

(i) peace officers,

(ii) persons training to become police officers or peace officers under the control and supervision of

(A) a police force, or

(B) a police academy or similar institution designated by the federal Minister or the lieutenant governor in council of a province,

(iii) persons or members of a class of persons employed in the public service of Canada or by the government of a province or municipality who are prescribed by the regulations made by the Governor in Council under Part III of the *Criminal Code* to be public officers, and

(iv) chief firearms officers and firearms officers; and

(b) firearms acquired or possessed by individuals on behalf of, and under the authority of, a police force or a department of the Government of Canada or of a province.

(2) A person referred to in subsection (1) who acquires or transfers a firearm shall have the Registrar informed of the acquisition or transfer.

(3) The Registrar may destroy any record referred to in subsection (1) at such times and in such circumstances as may be prescribed.

d) les exportations et les importations d'armes à feu qui lui sont notifiées en vertu des articles 42 ou 50;

e) les pertes, vols ou destructions d'armes à feu, de même que les armes à feu trouvées, dont il est informé en application de l'article 88;

f) tout autre renseignement réglementaire.

(2) Le directeur est chargé du fonctionnement du Registre canadien des armes à feu.

84. Le directeur peut détruire les fichiers versés au Registre canadien des armes à feu selon les modalités de temps et dans les situations prévues par règlement.

85. (1) Le directeur établit un registre des armes à feu:

a) acquises ou détenues par les personnes précisées ci-après et utilisées par celles-ci dans le cadre de leurs fonctions:

(i) les agents de la paix,

(ii) les personnes qui reçoivent la formation pour devenir agents de la paix ou officiers de police sous l'autorité et la surveillance:

(A) soit d'une force policière,

(B) soit d'une école de police ou d'une autre institution semblable désignées par le ministre fédéral ou le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province,

(iii) les personnes ou catégories de personnes qui sont des employés des administrations publiques fédérales, provinciales ou municipales et qui sont désignées comme fonctionnaires publics par les règlements d'application de la partie III du *Code criminel* pris par le gouverneur en conseil,

(iv) les contrôleurs des armes à feu et les préposés aux armes à feu;

b) acquises ou détenues par des particuliers sous les ordres et pour le compte des forces policières ou d'un ministre fédéral ou provincial;

(2) Toute personne visée au paragraphe (1) notifie au directeur toute acquisition ou tout transfert d'armes à feu qu'elle effectue.

(3) Le directeur peut détruire les fichiers du registre selon les modalités de temps et dans les situations prévues par règlement.

86. The records kept in the registry maintained pursuant to section 114 of the former Act that relate to registration certificates shall be transferred to the Registrar.

87. (1) A chief firearms officer shall keep a record of

(a) every licence and authorization that is issued or revoked by the chief firearms officer;

(b) every application for a licence or authorization that is refused by the chief firearms officer;

(c) every prohibition order of which the chief firearms officer is informed under section 89; and

(d) such other matters as may be prescribed.

(2) A chief firearms officer may destroy any record referred to in subsection (1) at such times and in such circumstances as may be prescribed.

88. A chief firearms officer to whom the loss, finding, theft or destruction of a firearm is reported shall have the Registrar informed without delay of the loss, finding, theft or destruction.

89. Every court, judge or justice that makes, varies or revokes a prohibition order shall have a chief firearms officer informed without delay of the prohibition order or its variation or revocation.

90. The Registrar has a right of access to records kept by a chief firearms officer under section 87 and a chief firearms officer has a right of access to records kept by the Registrar under section 83 or 85 and to records kept by other chief firearms officers under section 87.

91. (1) Subject to the regulations, notices and documents that are sent to or issued by the Registrar pursuant to this or any other Act of Parliament may be sent or issued in electronic or other form in any manner specified by the Registrar.

(2) For the purposes of this Act and Part III of the *Criminal Code*, a notice or document that is sent or issued in accordance with subsection (1) is deemed to have been received at the time and date provided by the regulations.

92. (1) Records required by section 83 or 85 to be kept by the Registrar may

86. Les fichiers figurant dans le registre tenu en application de l'article 114 de la loi antérieure en ce qui concerne les certificats d'enregistrement sont transférés au directeur.

87. (1) Le contrôleur des armes à feu tient un registre où sont notés:

a) les permis et autorisations qu'il délivre ou révoque;

b) les permis et les autorisations qu'il refuse de délivrer;

c) les ordonnances d'interdiction dont il est informé aux termes de l'article 89;

d) tout autre renseignement réglementaire.

(2) Le contrôleur des armes à feu peut détruire les fichiers selon les modalités de temps et dans les situations prévues par règlement.

88. Le contrôleur des armes à feu qui est informé des pertes, vols ou destructions d'armes à feu, de même que des armes à feu trouvées, les fait notifier sans délai au directeur.

89. Tout tribunal, juge ou juge de paix qui rend, modifie ou révoque une ordonnance d'interdiction avise sans délai le contrôleur des armes à feu de ce fait.

90. Le directeur et le contrôleur des armes à feu ont réciproquement accès aux registres qu'ils tiennent respectivement aux termes de l'article 87 et aux termes des articles 83 ou 85; le contrôleur des armes à feu a également accès aux registres tenus par les autres contrôleurs des armes à feu aux termes de l'article 87.

91. (1) Sous réserve des règlements, les avis ou documents que le directeur envoie ou reçoit aux termes de la présente loi ou de toute autre loi fédérale peuvent être transmis sur support électronique ou autre de la manière précisée par lui.

(2) Pour l'application de la présente loi et de la partie III du *Code criminel*, les avis et documents ainsi transmis sont réputés avoir été reçus à la date et à l'heure réglementaires.

92. (1) Les registres tenus par le directeur aux termes des articles 83 ou 85 peuvent être reliés, ou conservés soit sous forme de feuilles mobiles ou de films, soit à l'aide de tout procédé mécanique ou électronique de traitement des données ou de mise en mémoire de l'information capable de restituer en clair, dans un délai raisonnable, les renseignements demandés.

(a) be in bound or loose-leaf form or in photographic film form; or

(b) be entered or recorded by any system of mechanical or electronic data processing or by any other information storage device that is capable of reproducing any required information in intelligible written or printed form within a reasonable time.

(2) Subject to the regulations, a document or information received by the Registrar under this Act in electronic or other form may be entered or recorded by any information storage device, including any system of mechanical or electronic data processing, that is capable of reproducing stored documents or information in intelligible written or printed form within a reasonable time.

(3) Where the Registrar maintains a record of a document otherwise than in written or printed form, an extract from that record that is certified by the Registrar has the same probative value as the document would have had if it had been proved in the ordinary way.

93. (1) The Registrar shall, as soon as possible after the end of each calendar year and at such other times as the Solicitor General of Canada may, in writing, request, submit to the Solicitor General a report, in such form and including such information as the Solicitor General may direct, with regard to the administration of this Act.

(2) The Solicitor General of Canada shall have each report laid before each House of Parliament on any of the first fifteen days on which that House is sitting after the Solicitor General receives it.

94. A chief firearms officer shall submit the prescribed information with regard to the administration of this Act at the prescribed time and in the prescribed form for the purpose of enabling the Registrar to compile the reports referred to in section 93.

112. (1) Subject to subsections (2) and (3), every person commits an offence who, not having previously committed an offence under this subsection or subsection 91(1) or 92(1) of the *Criminal Code*, possesses a firearm that is neither a prohibited firearm nor a restricted firearm without being the holder of a registration certificate for the firearm.

(2) Subsection (1) does not apply to

(a) a person who possesses a firearm while the person is under the direct and immediate supervision of a

(2) Sous réserve des règlements, les documents ou renseignements reçus par le directeur en application de la présente loi sur support électronique ou autre peuvent être mis en mémoire par tout procédé, notamment mécanographique ou informatique, capable de les restituer en clair dans un délai raisonnable.

(3) En cas de conservation de documents par le directeur sous une forme non écrite, les extraits qui en sont certifiés conformes par celui-ci ont, sauf preuve contraire, la même force probante que des originaux écrits.

93. (1) Le directeur, dès que possible au début de chaque année civile et chaque fois que le solliciteur général du Canada lui en fait la demande par écrit, transmet à celui-ci un rapport sur l'application de la présente loi rédigé en la forme et contenant les renseignements qu'il exige.

(2) Le solliciteur général du Canada fait déposer chacun de ces rapports devant chaque chambre du Parlement dans les quinze premiers jours de séance de celle-ci suivant sa réception.

94. Le contrôleur des armes à feu communique au directeur les renseignements réglementaires sur l'application de la présente loi selon les modalités de temps et de forme réglementaires afin de permettre à celui-ci d'établir les rapports visés à l'article 93.

112. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3), commet une infraction quiconque, n'ayant pas antérieurement commis une infraction prévue au présent paragraphe ou aux paragraphes 91(1) ou 92(1) du *Code criminel*, possède une arme à feu — qui n'est pas une arme à feu prohibée ni une arme à feu à autorisation restreinte — sans être titulaire d'un certificat d'enregistrement pour cette arme à feu.

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas:

a) au possesseur d'une arme à feu qui est sous la surveillance directe d'une personne pouvant légalement

person who may lawfully possess it, for the purpose of using it in a manner in which the supervising person may lawfully use it;

(b) a person who comes into possession of a firearm by operation of law and who, within a reasonable period after acquiring possession of it, lawfully disposes of it or obtains a registration certificate for it; or

(c) a person who possesses a firearm and who is not the holder of a registration certificate for the firearm if the person

(i) has borrowed the firearm,

(ii) is the holder of a licence under which the person may possess it, and

(iii) is in possession of the firearm to hunt or trap in order to sustain himself or herself or his or her family.

(3) Every person who, at any particular time between the commencement day and the later of January 1, 1998 and such other date as is prescribed, possesses a firearm that, as of that particular time, is neither a prohibited firearm nor a restricted firearm is deemed for the purposes of subsection (1) to be, until January 1, 2003 or such other earlier date as is prescribed, the holder of a registration certificate for the firearm.

(4) Where, in any proceedings for an offence under this section, any question arises as to whether a person is the holder of a registration certificate, the onus is on the defendant to prove that the person is the holder of the registration certificate.

115. Every person who commits an offence under section 112, 113 or 114 is guilty of an offence punishable on summary conviction.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: McLennan Ross, Edmonton.

Solicitor for the respondent: The Deputy Attorney General of Canada, Ottawa.

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

l'avoir en sa possession, et qui s'en sert de la manière dont celle-ci peut légalement s'en servir;

b) à la personne qui entre en possession d'une arme à feu par effet de la loi et qui, dans un délai raisonnable, s'en défait légalement ou obtient le certificat d'enregistrement pour cette arme;

c) au possesseur d'une arme à feu qui, sans être titulaire du certificat d'enregistrement y afférent, à la fois:

(i) l'a empruntée,

(ii) est titulaire d'un permis en autorisant la possession,

(iii) l'a en sa possession pour chasser, notamment à la trappe, afin de subvenir à ses besoins ou à ceux de sa famille.

(3) Quiconque, à tout moment entre la date de référence et le 1^{er} janvier 1998 — ou toute autre date fixée par règlement — possède une arme à feu qui, à ce moment, n'est pas une arme à feu prohibée ni une arme à feu à autorisation restreinte est réputé pour l'application du paragraphe (1) être, jusqu'au 1^{er} janvier 2003 ou jusqu'à toute autre date antérieure fixée par règlement, titulaire du certificat d'enregistrement de cette arme à feu.

(4) Dans toute poursuite intentée dans le cadre du présent article, c'est au défendeur qu'il incombe éventuellement de prouver qu'une personne est titulaire d'un certificat d'enregistrement.

115. Quiconque contrevient aux articles 112, 113 ou 114 est coupable d'une infraction punissable par procédure sommaire.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: McLennan Ross, Edmonton.

Procureur de l'intimé: Le sous-procureur général du Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Department of Justice, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Office of the Attorney General, Fredericton.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Manitoba: Ladner Downs, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: The Deputy Attorney General, Regina.

Solicitor for the intervener the Government of the Northwest Territories: The Department of Justice, Yellowknife.

Solicitor for the intervener the Minister of Justice for the Government of the Yukon Territory: The Department of Justice, Whitehorse.

Solicitor for the intervener the Federation of Saskatchewan Indian Nations: The Federation of Saskatchewan Indian Nations, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Coalition of Responsible Firearm Owners and Sportsmen: Dallas K. Miller Law Office, Medicine Hat.

Solicitors for the intervener the Law-Abiding Unregistered Firearms Association: Neufeld Law Office, Red Deer.

Solicitors for the intervener the Shooting Federation of Canada: Shaw McLennan & Ironside, Collingwood, Ontario.

Solicitors for the intervener the Association pour la santé publique du Québec inc.: Brochet Dussault Larochelle, Sainte-Foy.

Solicitors for the intervener the Alberta Council of Women's Shelters: Pringle & Associates, Edmonton.

Solicitors for the interveners CAVEAT, the Fondation des victimes du 6 décembre contre la violence, the Canadian Association for Adolescent

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le ministère de la Justice, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Le Cabinet du procureur général, Fredericton.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Ladner Downs, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le sous-procureur général, Regina.

Procureur de l'intervenant le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest: Le ministère de la Justice, Yellowknife.

Procureur de l'intervenant le ministre de la Justice du gouvernement du Territoire du Yukon: Le ministère de la Justice, Whitehorse.

Procureur de l'intervenante la Federation of Saskatchewan Indian Nations: La Federation of Saskatchewan Indian Nations, Saskatoon.

Procureurs de l'intervenante la Coalition of Responsible Firearm Owners and Sportsmen: Dallas K. Miller Law Office, Medicine Hat.

Procureurs de l'intervenante la Law-Abiding Unregistered Firearms Association: Neufeld Law Office, Red Deer.

Procureurs de l'intervenante la Fédération de tir du Canada: Shaw McLennan & Ironside, Collingwood, Ontario.

Procureurs de l'intervenante l'Association pour la santé publique du Québec inc.: Brochet Dussault Larochelle, Sainte-Foy.

Procureurs de l'intervenant l'Alberta Council of Women's Shelters: Pringle & Associates, Edmonton.

Procureurs des intervenants CAVEAT, la Fondation des victimes du 6 décembre contre la violence, l'Association canadienne pour la santé des adoles-

Health and the Canadian Pediatric Society: Fasken Campbell Godfrey, Toronto.

Solicitors for the interveners the Coalition for Gun Control, the Canadian Association of Chiefs of Police, the Corporation of the City of Toronto, the City of Montreal and the City of Winnipeg: Ruby & Edwardh, Toronto.

cents et la Société canadienne de pédiatrie: Fasken Campbell Godfrey, Toronto.

Procureurs des intervenants la Coalition for Gun Control, l'Association canadienne des chefs de police, la Corporation de la cité de Toronto, la Ville de Montréal et la Ville de Winnipeg: Ruby & Edwardh, Toronto.

Adele Rosemary Breese (nee Gruenke) *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: REFERENCE RE GRUENKE

Neutral citation: 2000 SCC 32.

File No.: 27207.

2000: June 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Evidence — Fresh evidence — Battered-woman syndrome — Accused convicted of first degree murder in 1987 — Self Defence Review Committee appointed in 1995 to review cases of women convicted before Supreme Court's decision in Lavallee dealing with battered-woman syndrome — Committee interviewing accused and recommending that her case be referred to Court of Appeal — Court of Appeal asked to give opinion on whether information obtained by Committee admissible as fresh evidence — Court of Appeal finding information inadmissible as fresh evidence — Court of Appeal's judgment affirmed.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 690(b).

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1998), 131 Man. R. (2d) 161, 187 W.A.C. 161, 131 C.C.C. (3d) 72, [1999] 3 W.W.R. 118, [1998] M.J. No. 549 (QL), in the matter of a reference pursuant to s. 690 of the *Criminal Code* concerning whether the information obtained by the Self Defence Review Committee relating to a killing committed by the accused was admissible as fresh evidence. Appeal dismissed.

Adele Rosemary Breese (née Gruenke) *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: RENVOI RELATIF À GRUENKE

Référence neutre: 2000 CSC 32.

N° du greffe: 27207.

2000: 15 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Syndrome de la femme battue — Accusée déclarée coupable de meurtre au premier degré en 1987 — Comité d'examen de la légitime défense établi en 1995 pour examiner les déclarations de culpabilité prononcées contre des femmes avant l'arrêt Lavallee de la Cour suprême qui portait sur le syndrome de la femme battue — Accusée interviewée par le comité qui a recommandé le renvoi de son cas devant la Cour d'appel — Opinion de la Cour d'appel demandée relativement à la question de savoir si l'information obtenue par le comité était admissible comme élément de preuve nouveau — Information déclarée inadmissible comme élément de preuve nouveau par la Cour d'appel — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 690(b).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1998), 131 Man. R. (2d) 161, 187 W.A.C. 161, 131 C.C.C. (3d) 72, [1999] 3 W.W.R. 118, [1998] M.J. No. 549 (QL), dans le cadre d'un renvoi fondé sur l'art. 690 du *Code criminel* qui posait la question de savoir si l'information obtenue par le comité d'examen de la légitime défense relativement au meurtre commis par l'accusée était admissible comme élément de preuve nouveau. Pourvoi rejeté.

Terence C. Semenuk, Q.C., for the appellant.

Richard A. Saull, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We are all of the view that the appeal should be dismissed. We are of the view that the Court of Appeal correctly concluded that none of the information obtained by the Self Defence Review Committee would be admissible as fresh evidence. Under the terms of Reference, the admissibility of the information before the Committee as fresh evidence is a precondition to a new hearing under s. 690(b) of the *Criminal Code*. The appellant concedes that if the report of Dr. Shane is not admissible, the appeal must fail. For the reasons given by the Court of Appeal, Dr. Shane's new affidavit is not admissible. Therefore the appeal must fail.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Scott Hall, Calgary.

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

Terence C. Semenuk, c.r., pour l'appelante.

Richard A. Saull, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi doit être rejeté. Nous estimons que la Cour d'appel a, à juste titre, jugé qu'aucune information obtenue par le comité d'examen de la légitime défense n'était admissible comme élément de preuve nouveau. Aux termes des questions renvoyées, l'admissibilité — en tant qu'élément de preuve nouveau — de toute information dont disposait le comité était une condition préalable à la tenue d'une nouvelle audition de la cause en vertu de l'al. 690b) du *Code criminel*. L'appelante concède que, si le rapport du Dr Shane n'est pas admissible, le pourvoi ne saurait être accueilli. Pour les motifs exposés par la Cour d'appel, le nouvel affidavit du Dr Shane n'est pas admissible. Par conséquent, le pourvoi doit être rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelante: Scott Hall, Calgary.

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

Arthur David Gabriel, Percy Norbert Gabriel, Vernon Conrad Gabriel, Garry Vernon Catcheway, Wilfred Joseph Catcheway, Judy Ann Catcheway, Warren Kenneth Catcheway, Vernon Cory Gabriel, Robert Joseph Houle and Gordon Arnold Catcheway *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Keith P. Catcheway *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. CATCHEWAY

Neutral citation: 2000 SCC 33.

File No.: 27161.

2000: June 15.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Trial — Bias — Members of Indian band convicted of mischief for blockade of provincial highway — Trial judge's prior professional dealings with certain band members or groups while still a practising lawyer raising reasonable apprehension of bias — Convictions set aside and new trial ordered before different judge.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1999), 134 Man. R. (2d) 129, 193 W.A.C. 129, [1999] M.J. No. 42 (QL), dismissing the appellants' appeal from their convictions for mischief relating to the blockade of a provincial highway. Appeal allowed, convictions set

Arthur David Gabriel, Percy Norbert Gabriel, Vernon Conrad Gabriel, Garry Vernon Catcheway, Wilfred Joseph Catcheway, Judy Ann Catcheway, Warren Kenneth Catcheway, Vernon Cory Gabriel, Robert Joseph Houle et Gordon Arnold Catcheway *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et entre

Keith P. Catcheway *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. CATCHEWAY

Référence neutre: 2000 CSC 33.

N° du greffe: 27161.

2000: 15 juin.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Procès — Partialité — Membres d'une bande indienne déclarés coupables de méfait pour avoir établi un barrage sur une autoroute provinciale — Crainte raisonnable de partialité découlant des rapports professionnels du juge du procès avec certains membres de la bande ou groupes au sein de celle-ci pendant qu'il exerçait le droit comme avocat — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès devant un juge différent ordonné.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1999), 134 Man. R. (2d) 129, 193 W.A.C. 129, [1999] M.J. No. 42 (QL), qui a rejeté l'appel formé par les appelants contre leur déclaration de culpabilité pour méfait relativement au barrage établi sur une autoroute provinciale. Pourvoi

aside and a new trial ordered before a different judge.

Harvey J. Slobodzian and Paul E. Kammerloch, for the appellants Gabriel et al.

No one appeared for the appellant Keith P. Catcheway.

Gregg Lawlor, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — This appeal arises out of a dispute between two political factions on the Waterhen Indian Reserve, near Dauphin, Manitoba. After losing political control, the faction known as the “quorum” set up a blockade on the provincial highway leading into the reserve in order to keep out supporters of the other faction, led by the band’s Chief. They were charged with mischief and other crimes, which this appeal raises for review.

The appellants submit that the trial judge’s conduct prior to and during the trial gives rise to a reasonable apprehension of bias. They seek to support this allegation with a motion to file fresh evidence in the form of two affidavits deposited by appellant Arthur David Gabriel. The first affidavit explains their failure to introduce the evidence in the courts below, and the second sets out the evidence of bias. Essentially, it reveals that the trial judge’s law firm, in his prior practice as a lawyer, had represented certain groups within the reserve. In addition, the trial judge personally adjudicated an unjust dismissal hearing in favour of the wife of one of the appellants, represented one of the first people to be charged for participating in the barricade incident at a contested bail hearing (not an appellant before this Court), and was consulted by the appellants regarding the charges against them. The appellants also submit that the trial judge’s conduct during the trial, in peremptorily dismissing the unrepresented appellant Wilfred

accueilli, déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès devant un juge différent ordonné.

Harvey J. Slobodzian et Paul E. Kammerloch, pour les appelants Gabriel et autres.

Personne n’a comparu pour l’appellant Keith P. Catcheway.

Gregg Lawlor, pour l’intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi découle d’un litige opposant deux factions politiques au sein de la réserve indienne de Waterhen, près de Dauphin au Manitoba. Après avoir été incapable de s’assurer le pouvoir politique, la faction connue sous le nom de «quorum» a dressé un barrage sur la route provinciale menant à la réserve afin d’interdire l’accès de celle-ci aux partisans de l’autre faction, dirigée par le chef de la bande. Les appelants ont été accusés de méfait et d’autres crimes, qui font l’objet du présent pourvoi.

Les appelants prétendent que la conduite du juge du procès, avant et pendant le procès, a fait naître une crainte raisonnable de partialité. Au soutien de cette prétention, ils demandent par voie de requête à déposer des éléments de preuve nouveaux, en l’occurrence deux affidavits souscrits par l’appellant Arthur David Gabriel. Le premier affidavit explique leur omission de déposer ces éléments de preuve devant les juridictions inférieures, tandis que le deuxième expose la preuve relative à la partialité. Essentiellement, cette preuve révèle que, lorsque le juge du procès pratiquait le droit, le cabinet dont il faisait partie a représenté certains groupes au sein de la réserve. En outre, en tant qu’arbitre dans une affaire de congédiement injustifié, il a tranché en faveur de l’épouse de l’un des appelants; lors d’une enquête sur cautionnement contestée, il a représenté l’une des premières personnes qui a été accusée (mais qui n’est pas appelante devant notre Cour) d’avoir participé aux événements de la barricade; et il a été consulté par les

1

2

Catcheway's motion to recuse himself, also raise a reasonable apprehension of bias.

appelants au sujet des accusations portées contre eux. Les appelants affirment également que la conduite du juge pendant le procès, savoir le rejet péremptoire par celui-ci de la requête en récusation déposée par l'appellant non représenté Wilfred Catcheway, fait aussi naître une crainte raisonnable de partialité.

3 The appellants also argue that the Manitoba Court of Appeal erred in not granting the adjournment requested by them, while they were unrepresented, to seek legal advice concerning the possibility of bringing a motion to admit fresh evidence. This request was denied without reasons. The appellants suggest that it is not clear why this motion was denied, assuming it may be owing to the fact that, in the opinion of the Court of Appeal, the evidence to support the conviction of each of the appellants was overwhelming.

Les appelants plaident en outre que la Cour d'appel du Manitoba a fait erreur en leur refusant l'ajournement qu'ils ont demandé, lorsqu'ils n'étaient pas représentés, en vue de pouvoir consulter un avocat relativement à la possibilité de présenter une requête visant à faire admettre des éléments de preuve nouveaux. Leur demande a été rejetée sans motifs. Les appelants affirment que la raison du rejet de cette demande n'est pas évidente et ils supposent que le rejet pourrait être imputable au fait que la Cour d'appel estimait que la preuve étayant la déclaration de culpabilité de chaque appelant était accablante.

4 The Crown essentially concedes that there was a reasonable apprehension of bias. Although it submits that the Court of Appeal did not err in denying the motion to adjourn to seek legal advice, it notes that the material submitted by the appellants "clearly demonstrates that the trial judge had professional dealings with some of the appellants while he was still a practising lawyer". It also notes that, "[o]f great concern is the fact that the trial judge, while still a practising lawyer, acted for a co-accused (who was not tried before him) on a bail application, and apparently had access to the full police report respecting the accused who would eventually appear before him at trial". The Crown also agrees with the appellants that the fresh evidence should be admitted.

Essentiellement, le ministère public concède qu'il y avait une crainte raisonnable de partialité. Bien qu'il soutienne que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en rejetant la requête demandant un ajournement en vue de consulter un avocat, le ministère public souligne que les documents déposés par les appelants [TRADUCTION] «démontrent clairement que le juge du procès a eu des rapports professionnels avec certains des appelants pendant qu'il exerçait encore le droit». Le ministère public mentionne également qu'il [TRADUCTION] «est très préoccupant que, lorsqu'il pratiquait le droit, le juge du procès ait représenté le coaccusé (qui n'a pas subi son procès devant lui) dans le cadre d'une demande de cautionnement, et qu'il ait apparemment eu accès à l'ensemble du rapport de police relatif à l'accusé qui allait plus tard comparaître devant lui au procès». Le ministère public convient également avec les appelants que les éléments de preuve nouveaux devraient être admis.

5 Accordingly, we are all of the view that in the special circumstances of this case, the fresh evidence should be admitted. On that new evidence, we find that the trial judge's prior involvement raised a reasonable apprehension of bias in accordance with the well-established jurisprudence on

Par conséquent, nous sommes tous d'avis que, eu égard aux circonstances particulières de la présente affaire, les éléments de preuve nouveaux doivent être admis. À la lumière de ces éléments, nous estimons que les activités antérieures du juge du procès ont fait naître une crainte raisonnable de

the issue. Therefore, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Manitoba Court of Appeal and the convictions of the appellants, and return the matter to the trial court for a new trial before a different trial judge.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants Gabriel et al.: Pullan Guld Kammerloch, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: Manitoba Justice, Winnipeg.

partialité, conformément à la jurisprudence bien établie en la matière. Nous sommes donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, d'annuler les déclarations de culpabilité des appelants et de renvoyer l'affaire à la cour de première instance pour la tenue d'un nouveau procès devant un juge différent.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants Gabriel et autres: Pullan Guld Kammerloch, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Justice Manitoba, Winnipeg.

**Friedmann Equity Developments
Inc. Appellant**

v.

Dr. Almas Adatia, also known as Almas Adatia, Mohamed Rajani, Shorim Investments, in Trust, Shorim Investments Limited, in Trust, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, in Trust, 808413 Ontario Inc., and Crown Freight Forwarders Ltd., previously known as 808548 Ontario Inc. Respondents

and

Lionel C. Larry and Robins, Appleby & Taub Respondents

INDEXED AS: FRIEDMANN EQUITY DEVELOPMENTS INC. v. FINAL NOTE LTD.

Neutral citation: 2000 SCC 34.

File No.: 26971.

2000: January 27; 2000: July 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Contracts — Sealed contracts — Mortgages — Mortgage agreement entered into by corporation acting as agent of undisclosed principals — Mortgage executed under seal of corporation — Corporation defaulting on mortgage and mortgagee suing undisclosed principals — Common law rule preventing undisclosed principals from being sued on contract executed by their agent when contract executed under seal — Whether sealed contract rule applies to corporate agent — Whether sealed contract rule should be abolished.

Contracts — Sealed contracts — Intent — Evidence — Creation of sealed contract requiring intent to create instrument under seal — Whether attachment of corpo-

**Friedmann Equity Developments
Inc. Appelante**

c.

D^r Almas Adatia, également connu sous le nom de Almas Adatia, Mohamed Rajani, Shorim Investments, en fiducie, Shorim Investments Limited, en fiducie, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, en fiducie, 808413 Ontario Inc., et Crown Freight Forwarders Ltd., auparavant connue sous le nom de 808548 Ontario Inc. Intimés

et

Lionel C. Larry et Robins, Appleby & Taub Intimés

RÉPERTORIÉ: FRIEDMANN EQUITY DEVELOPMENTS INC. c. FINAL NOTE LTD.

Référence neutre: 2000 CSC 34.

N^o du greffe: 26971.

2000: 27 janvier; 2000: 20 juillet.

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

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

Contrats — Contrats par actes scellés — Hypothèques — Acte d'hypothèque conclu par une société par actions agissant à titre de mandataire de mandants secrets — Acte d'hypothèque revêtu du sceau de la société par actions — Manquement à l'acte d'hypothèque par la société par actions et action intentée par le créancier hypothécaire contre les mandants secrets — Existence d'une règle de common law faisant obstacle à l'engagement de poursuites contre des mandants secrets sur le fondement d'un contrat conclu par leur mandataire lorsque ce contrat est revêtu d'un sceau — La règle du contrat par acte scellé s'applique-t-elle aux personnes morales agissant comme mandataires? — La règle du contrat par acte scellé devrait-elle être abolie?

Contrats — Contrats par actes scellés — Intention — Preuve — La création d'un contrat par acte scellé exige l'intention de créer un acte scellé — L'apposition du

rate seal to agreement constitutes evidence of intent to create sealed instrument — Statutory provisions may render intent irrelevant.

A corporation was created to hold legal title to municipal property as a trustee or agent for beneficial owners. A mortgage registered against the property was executed in the form required under the Ontario *Land Registration Reform Act, 1984*. The mortgage agreement was signed by the corporation's duly authorized officer under its corporate seal. In 1994, the mortgagee commenced an action for a default on the mortgage against the beneficial owners, none of whom were parties to the mortgage. The beneficial owners commenced proceedings against the solicitors who had represented them in the transaction. The beneficial owners and the third party solicitors brought a motion to dismiss the action on the basis that the beneficial owners were undisclosed principals who could not be sued on an indenture executed by their agent under seal. The Ontario Court (General Division) dismissed the motion. On appeal, the Divisional Court granted the motion and dismissed the action. The Court of Appeal upheld the Divisional Court's decision.

Held: The appeal should be dismissed.

As a general rule, an undisclosed principal may sue or be sued on a simple contract entered into on his or her behalf by an agent. The sealed contract rule is a well-established exception to that general rule: when a contract is executed under seal, an undisclosed principal can neither sue nor be sued upon the contract. The exception stems from the rule that only parties to a sealed instrument may have obligations and rights under it. The sealed contract rule operates within a system of rules relating to sealed instruments, all of which are derived from the fact that a sealed instrument is enforceable by virtue of the form of the instrument itself. The English Court of Appeal's decision in *Harmer* did not create an exception to the sealed contract rule nor did it recognize any legal relationship upon which a third party can sue a beneficiary.

The sealed contract rule is part of the common law of Canada and applies equally to individual agents and corporate agents. Subject to exceptions set out by statute, a corporation has the same powers and capacities as a natural person and there is no principled basis upon which to treat corporations differently. While it is clear that the

sceau d'une personne morale sur un accord constitue-t-elle une preuve de l'intention de créer un acte scellé? — Des dispositions législatives peuvent avoir pour effet d'enlever toute pertinence à l'intention.

Une société par actions a été créée en vue de détenir le titre de propriété à l'égard d'un bien immobilier en tant que fiduciaire ou mandataire des propriétaires bénéficiaires. Un acte d'hypothèque enregistré relativement au bien immobilier concerné a été préparé sous la forme prescrite par la *Land Registration Reform Act, 1984* de l'Ontario. L'acte d'hypothèque a été signé par le représentant dûment autorisé de la société par actions, qui y a apposé le sceau de celle-ci. En 1994, le créancier hypothécaire a intenté une action contre les propriétaires bénéficiaires intimés pour cause de manquement à l'acte d'hypothèque. Aucun de ceux-ci n'était partie à l'acte. Les propriétaires bénéficiaires ont entamé des poursuites contre les avocats qui les avaient représentés dans l'opération. Les propriétaires bénéficiaires et les tiers avocats ont présenté une requête en rejet d'action au motif que les propriétaires bénéficiaires étaient des mandants secrets qui ne pouvaient pas être poursuivis en vertu d'un acte conclu par leur mandataire et revêtu d'un sceau. La Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté la requête. En appel, la Cour divisionnaire a accordé la requête et a rejeté l'action. La Cour d'appel a confirmé la décision de la Cour divisionnaire.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Un mandant secret peut en règle générale ester en justice en vertu d'un contrat nu conclu en son nom par un mandataire. La règle du contrat par acte scellé est une exception bien établie à cette règle générale: lorsque le contrat est revêtu d'un sceau, le mandant secret ne peut ni poursuivre ni être poursuivi en vertu de celui-ci. Cette exception découle de la règle selon laquelle seules les parties à un acte scellé peuvent avoir des droits et obligations en vertu de cet acte. Cette règle s'inscrit dans un ensemble de règles relatives aux actes scellés, lesquelles reposent toutes sur le fait qu'un acte scellé est exécutoire de par sa forme même. La décision rendue par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Harmer* n'a pas créé d'exception à la règle du contrat par acte scellé ni reconnu l'existence de rapports juridiques permettant à un tiers de poursuivre un bénéficiaire.

La règle du contrat scellé fait partie de la common law du Canada et s'applique tant aux particuliers agissant comme mandataires qu'aux personnes morales agissant comme tel. Sous réserve des exceptions prévues par des textes de loi, les personnes morales ont les mêmes droits et la même capacité qu'une personne phy-

sealed contract rule applies to corporate agents, the attachment of a corporation's seal to an agreement may not be sufficient in all circumstances to constitute a sealed contract within the meaning of the sealed contract rule. The creation of a sealed instrument requires formalities that must be observed. A sealed instrument must be signed, sealed and delivered and the application of the seal must be a conscious and deliberate act. The relevant question is whether the parties intended to create an instrument under seal. Corporate seals, in many circumstances, are equivalent to the signature of a natural person, and therefore, merely affixing a corporate seal may not be evidence of an intent to create a sealed instrument. Courts must examine the instrument and the circumstances surrounding its creation to determine intent. Statutory provisions, however, may render intent irrelevant. In this case, s. 13(1) of the *Land Registration Reform Act, 1984* rendered intent irrelevant by making all documents transferring an interest in land, and charges or discharges, sealed instruments for all purposes including the application of the sealed contract rule.

A proposed change in the common law must be necessary to keep the common law in step with the evolution of society, to clarify a legal principle or to resolve inconsistency. A change should be incremental and its consequences should be capable of assessment. Courts should not intervene if a change will have complex, uncertain and far-reaching effects. Here, no compelling reasons exist for the abolition of the sealed contract rule. There is no conflicting appellate authority regarding whether the rule applies in Canada and its inclusion in Canadian common law is not out of step with other jurisdictions. The rule is consistent with commercial reality and with other rules that apply to sealed instruments, and continues to serve a useful purpose in our law. It has not caused inconvenience in commercial transactions nor great hardship. The sealed contract rule is part of a system of property and contract rules. To abolish it simply because the historical rationale for the rule is no longer important would necessarily call into question the validity of other rules that apply to sealed instruments and of other technical rules, both in the law of contract and in the law of property, which no longer appear to have any modern day rationale, thereby creating uncertainty both in commercial relations and in the law itself. The abolition of the sealed contract rule could

si que et il n'y a aucune considération de principe justifiant de traiter les personnes morales différemment. Bien qu'il soit clair que la règle du contrat par acte scellé s'applique aux personnes morales agissant comme mandataires, l'apposition du sceau d'une personne morale sur un accord peut ne pas suffire dans tous les cas pour faire de cet accord un contrat scellé au sens de la règle du contrat par acte scellé. La création d'un acte scellé requiert l'observation de certaines formalités. Un acte scellé doit être signé, scellé et délivré, et l'apposition du sceau doit être faite de propos délibéré et en pleine connaissance de cause. La question pertinente est de savoir si les parties avaient l'intention de créer un acte scellé. Dans bien des cas, le sceau d'une personne morale équivaut à la signature d'une personne physique, de sorte que la simple apposition d'un tel sceau n'indique pas toujours l'intention de créer un acte scellé. Les tribunaux doivent examiner l'acte lui-même et les circonstances de sa création pour déterminer l'intention. Des dispositions législatives peuvent toutefois enlever toute pertinence à l'intention. En l'espèce, le par. 13(1) de la *Land Registration Reform Act, 1984* a rendu l'intention non pertinente en considérant les documents cédant un droit sur un bien-fonds, les charges et les mainlevées comme étant des actes scellés à tous égards, y compris pour l'application de la règle du contrat par acte scellé.

Une modification de la common law doit être nécessaire soit pour permettre à celle-ci de suivre l'évolution de la société, soit pour préciser un principe de droit ou encore pour éliminer une contradiction. La modification doit être graduelle et ses conséquences doivent pouvoir être évaluées. Les tribunaux ne doivent pas intervenir lorsque la modification proposée aurait des effets complexes, incertains et d'une grande portée. En l'espèce, il n'existe aucun motif convaincant pour abolir la règle du contrat par acte scellé. Les arrêts des cours d'appel canadiennes ne se contredisent pas quant à l'application de la règle du contrat par acte scellé et son existence dans la common law canadienne n'est pas incompatible avec l'évolution du droit dans d'autres pays. La règle est compatible avec les réalités du commerce et avec les autres règles qui s'appliquent aux actes scellés, et elle continue de servir une fin utile dans notre droit. Elle n'a pas nui à des opérations commerciales ni causé de grandes difficultés. La règle du contrat par acte scellé fait partie d'un ensemble de règles du droit des biens et du droit des contrats. L'abolir tout simplement parce que sa justification historique a perdu son importance remettrait nécessairement en cause la validité des autres règles s'appliquant aux actes scellés et les autres règles de forme, tant en droit des contrats qu'en droit des

also have far-reaching effects on existing contractual relationships. It would have the unfair result of creating uncertainty for those who had relied on the rule in executing their contracts. To avoid uncertainty and any unfairness to those parties who have structured their commercial relationships in accordance with the sealed contract rule, any change to the law should operate prospectively. Only a legislature has the power to create a prospective change in the law.

The corporation's officer affixed the corporation's seal to the mortgage agreement and the mortgage is in the form prescribed under the *Land Registration Reform Act, 1984*, which deems all instruments governed by its provisions to be documents under seal. The sealed contract rule applies and only the parties to the mortgage may be sued upon it. Therefore, the mortgagee cannot maintain its action on the covenant in the mortgage against the beneficial owners.

Cases Cited

Overtaken: *Kootenay Savings Credit Union v. Toudy* (1987), 22 B.C.L.R. (2d) 201; **distinguished:** *Harmer v. Armstrong*, [1934] Ch. 65; **discussed:** *Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co. v. Hawkins* (1865), 3 H. & C. 677, 159 E.R. 698; *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330; *Crowley v. Lewis*, 146 N.E. 374 (1925); **referred to:** *Keighley Maxsted & Co. v. Durant*, [1901] A.C. 240; *Nalbandian v. Hanson Restaurant & Lounge, Inc.*, 338 N.E.2d 335 (1975); *Porter v. Pelton* (1903), 33 S.C.R. 449; *Margolius v. Diesbourg*, [1937] S.C.R. 183; *Whisper Holdings Ltd. v. Zamikoff*, [1971] S.C.R. 933; *Re Zamikoff v. Lundy* (1970), 9 D.L.R. (3d) 637; *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank* (1987), 46 D.L.R. (4th) 37; *Napev Construction Ltd. v. Lebedinsky* (1984), 7 C.L.R. 57; *Tri-S Investments Ltd. v. Vong*, [1991] O.J. No. 2292 (QL); *Edelstein Construction Ltd. v. Fire Pit Inc.* (1996), 30 O.R. (3d) 383; *Marbar Holdings Ltd. v. 221,401 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169; *872899 Ontario Inc. v. Iacovoni* (1998), 163 D.L.R. (4th) 263; *Re Lawton*, [1944] 3 D.L.R. 51, aff'd [1945] 4 D.L.R. 8; *Newfoundland & Labrador Housing Corp. v. Suburban Construction Ltd.* (1987),

biens, qui paraissent ne plus avoir de raison d'être aujourd'hui, ce qui créerait de l'incertitude dans les relations commerciales et dans le droit lui-même. L'abolition de la règle du contrat par acte scellé pourrait également avoir des effets d'une grande portée sur les relations contractuelles existantes. Cela aurait comme effet inéquitable de créer de l'incertitude pour ceux qui se sont fiés à la règle en concluant leurs contrats. Pour éviter l'incertitude ainsi que toute injustice pour les parties qui ont organisé leurs relations commerciales conformément à la règle du contrat par acte scellé, toute modification apportée au droit devrait avoir effet pour l'avenir. Seule une législature a le pouvoir d'apporter au droit des modifications portant effet pour l'avenir.

Le représentant de la société par actions a apposé le sceau de celle-ci à l'acte d'hypothèque, qui est établi selon la forme prescrite par la *Land Registration Reform Act, 1984*, loi aux termes de laquelle tous les actes visés par ses dispositions sont réputés être des documents revêtus d'un sceau. La règle du contrat par acte scellé s'applique et seules les parties à l'acte d'hypothèque peuvent être poursuivies en vertu de ce dernier. Par conséquent, le créancier hypothécaire ne peut pas poursuivre son action contre les propriétaires bénéficiaires sur le fondement de l'engagement figurant dans l'acte d'hypothèque.

Jurisprudence

Arrêt écarté: *Kootenay Savings Credit Union c. Toudy* (1987), 22 B.C.L.R. (2d) 201; **distinction faite d'avec l'arrêt:** *Harmer c. Armstrong*, [1934] Ch. 65; **arrêts analysés:** *Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co. c. Hawkins* (1865), 3 H. & C. 677, 159 E.R. 698; *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330; *Crowley c. Lewis*, 146 N.E. 374 (1925); **arrêts mentionnés:** *Keighley Maxsted & Co. c. Durant*, [1901] A.C. 240; *Nalbandian c. Hanson Restaurant & Lounge, Inc.*, 338 N.E.2d 335 (1975); *Porter c. Pelton* (1903), 33 R.C.S. 449; *Margolius c. Diesbourg*, [1937] R.C.S. 183; *Whisper Holdings Ltd. c. Zamikoff*, [1971] R.C.S. 933; *Re Zamikoff c. Lundy* (1970), 9 D.L.R. (3d) 637; *Canada Deposit Insurance Corp. c. Canadian Commercial Bank* (1987), 46 D.L.R. (4th) 37; *Napev Construction Ltd. c. Lebedinsky* (1984), 7 C.L.R. 57; *Tri-S Investments Ltd. c. Vong*, [1991] O.J. No. 2292 (QL); *Edelstein Construction Ltd. c. Fire Pit Inc.* (1996), 30 O.R. (3d) 383; *Marbar Holdings Ltd. c. 221,401 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169; *872899 Ontario Inc. c. Iacovoni* (1998), 163 D.L.R. (4th) 263; *Re Lawton*, [1944] 3 D.L.R. 51, conf. par [1945] 4 D.L.R. 8; *Newfoundland & Labrador Housing Corp. c. Suburban*

38 D.L.R. (4th) 150; *Alton Renaissance I v. Talamanca Management Ltd.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 307; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *McMullen v. McMullen*, 145 So.2d 568 (1962); *Toll v. Pioneer Sample Book Co.*, 94 A.2d 764 (1953).

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 15.
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 15(1).
Conveyancing and Law of Property Act, R.S.O. 1990, c. C.34, ss. 2, 3, 9.
Land Registration Reform Act, 1984, S.O. 1984, c. 32, s. 13 [now *Land Registration Reform Act*, R.S.O. 1990, c. L.4, s. 13].
Land Titles Act, R.S.O. 1990, c. L.5, s. 79(1) [rep. 1998, c. 18, Sch. E, s. 132].
Limitation of Actions Act, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 2.
Limitation of Actions Act, R.S.N.S. 1989, c. 258, s. 2(1)(c).
Limitations Act, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(b).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 21.01(1)(a).
Statute of Frauds, R.S.O. 1990, c. S.19, s. 2.
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 13.

Authors Cited

Ames, James Barr. "Undisclosed Principal — His Rights and Liabilities" (1909), 18 *Yale L.J.* 443.
Anger and Honsberger: Law of Real Property, vol. 2, 2nd ed. By A. H. Oosterhoff and W. B. Rayner. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
Bowstead and Reynolds on Agency, 16th ed. By F. M. B. Reynolds. London: Sweet & Maxwell, 1996.
 British Columbia. Law Reform Commission. *Report on Deeds and Seals*. Vancouver: The Commission, 1988.
 Cardozo, Benjamin N. *The Paradoxes of Legal Science*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1928.

Construction Ltd. (1987), 38 D.L.R. (4th) 150; *Alton Renaissance I c. Talamanca Management Ltd.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 307; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *McMullen c. McMullen*, 145 So.2d 568 (1962); *Toll c. Pioneer Sample Book Co.*, 94 A.2d 764 (1953).

Lois et règlements cités

Land Registration Reform Act, 1984, S.O. 1984, ch. 32, art. 13 [maintenant *Loi portant réforme de l'enregistrement immobilier*, L.R.O. 1990, ch. L.4, art. 13].
Limitation of Actions Act, R.S.N.S. 1989, ch. 258, art. 2(1)c).
Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 15(1).
Loi relative aux preuves littérales, L.R.O. 1990, ch. S.19, art. 2.
Loi sur la prescription, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, art. 2.
Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1990, ch. L.15, art. 45(1)b).
Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers, L.R.O. 1990, ch. L.5, art. 79(1) [abr. 1998, ch. 18, ann. E, art. 132].
Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens, L.R.O. 1990, ch. C.34, art. 2, 3, 9.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 15.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, r. 21.01(1)a).
Statute of Limitations, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-7, art. 13.

Doctrine citée

Ames, James Barr. «Undisclosed Principal — His Rights and Liabilities» (1909), 18 *Yale L.J.* 443.
Anger and Honsberger: Law of Real Property, vol. 2, 2nd ed. By A. H. Oosterhoff and W. B. Rayner. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.
Bowstead and Reynolds on Agency, 16th ed. By F. M. B. Reynolds. London: Sweet & Maxwell, 1996.
 Cardozo, Benjamin N. *The Paradoxes of Legal Science*. Westport, Conn.: Greenwood Press, 1928.
 Cheshire, Fifoot and Furmston's *Law of Contract*, 13th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1996.

- Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract*, 13th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1996.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Fuller, Lon L. "Consideration and Form" (1941), 41 *Colum. L. Rev.* 799.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 9(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.
- Herschorn, Arnie. "Documents Under Seal: Consequences and Complications" (1989), 10 *Advocates' Q.* 129.
- McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Schiff, Martin. "The Undisclosed Principal: An Anomaly in the Laws of Agency and Contract" (1983), 88 *Com. L.J.* 229.
- Seavy, Warren A. "The Rationale of Agency" (1920), 29 *Yale L.J.* 859.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.
- Weinrib, Ernest J. "The Undisclosed Principle of Undisclosed Principals" (1975), 21 *McGill L.J.* 298.
- Colombie-Britannique. Law Reform Commission. *Report on Deeds and Seals*. Vancouver: The Commission, 1988.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.
- Fuller, Lon L. «Consideration and Form» (1941), 41 *Colum. L. Rev.* 799.
- Halsbury's Laws of England*, vol. 9(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.
- Herschorn, Arnie. «Documents Under Seal: Consequences and Complications» (1989), 10 *Advocates' Q.* 129.
- McGuinness, Kevin Patrick. *The Law and Practice of Canadian Business Corporations*. Toronto: Butterworths, 1999.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministère du Procureur général, 1987.
- Schiff, Martin. «The Undisclosed Principal: An Anomaly in the Laws of Agency and Contract» (1983), 88 *Com. L.J.* 229.
- Seavy, Warren A. «The Rationale of Agency» (1920), 29 *Yale L.J.* 859.
- Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.
- Weinrib, Ernest J. «The Undisclosed Principle of Undisclosed Principals» (1975), 21 *McGill L.J.* 298.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1998), 41 O.R. (3d) 712, 112 O.A.C. 253, 20 R.P.R. (3d) 257, [1998] O.J. No. 3520 (QL), dismissing the appellant's appeal from a judgment of the Divisional Court, [1997] O.J. No. 642 (QL), allowing the respondents' appeal from a decision of Borins J., dismissing the respondents' motion to dismiss the appellant's action for a default on a mortgage. Appeal dismissed.

Benjamin Zarnett, Carolyn Silver and Julie Rosenthal, for the appellant.

Robert D. Malen, for the respondents Dr. Almas Adatia, also known as Almas Adatia, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, in Trust, 808413 Ontario Inc. and Crown Freight Forwarders Ltd., previously known as 808548 Ontario Inc.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1998), 41 O.R. (3d) 712, 112 O.A.C. 253, 20 R.P.R. (3d) 257, [1998] O.J. No. 3520 (QL), qui a rejeté l'appel formé par l'appelante contre une décision de la Cour divisionnaire, [1997] O.J. No. 642 (QL), faisant droit à l'appel interjeté par les intimés contre une décision du juge Borins, qui avait rejeté la requête des intimés demandant le rejet de l'action de l'appelante pour cause de manquement à un acte d'hypothèque. Pourvoi rejeté.

Benjamin Zarnett, Carolyn Silver et Julie Rosenthal, pour l'appelante.

Robert D. Malen, pour les intimés Dr Almas Adatia, également connu sous le nom de Almas Adatia, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, en fiducie, 808413 Ontario Inc. et Crown Freight Forwarders Ltd., auparavant connue sous le nom de 808548 Ontario Inc.

Carl Orbach, Q.C., for the respondents Mohamed Rajani, Shorim Investments, in Trust, and Shorim Investments Limited, in Trust.

Valerie A. Edwards, for the respondents Lionel C. Larry and Robins, Appleby & Taub.

The judgment of the Court was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

1 There is an established rule in our common law that an undisclosed principal cannot be sued on a contract executed by his or her agent when that contract is executed under seal (the “sealed contract rule”). The appellant, Friedmann Equity Developments Inc. (“FED”), submits that this Court should abolish that rule. The appellant has not shown that the application of the rule in this case would cause any injustice, nor has it shown that the rule is no longer consistent with commercial reality. It relies instead on the contention that the rule is a technical one which does not appear to have any present underlying rationale. The issue in this appeal, therefore, is whether this Court should abolish one rule, existing within a system of rules governing both property and contract law, without any evidence that it creates injustice or any evidence of a change in commercial reality, simply because the historical rationale for the rule is no longer of importance.

II. Factual Background

2 By Statement of Claim issued October 14, 1994, the appellant sued the respondent group of beneficial owners for a default on a mortgage registered on February 6, 1989, against property to which Final Note Limited (“Final Note”) held title. The appellant alleged that Final Note executed the mortgage as the beneficial owners’ bare trustee and agent. The mortgage was signed by Final Note’s duly authorized officer under its corporate seal. None of the beneficial owners were parties to

Carl Orbach, c.r., pour les intimés Mohamed Rajani, Shorim Investments, en fiducie, et Shorim Investments Limited, en fiducie.

Valerie A. Edwards, pour les intimés Lionel C. Larry et Robins, Appleby & Taub.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Selon une règle établie de notre common law, un mandant secret ne peut pas être poursuivi sur le fondement d’un contrat conclu par son mandataire lorsque ce contrat est revêtu d’un sceau (la «règle du contrat par acte scellé»). L’appelante, Friedmann Equity Developments Inc. («FED»), prétend que notre Cour devrait abolir cette règle. L’appelante n’a toutefois pas démontré que l’application de la règle au présent cas entraînerait quelque injustice, ni que cette règle ne correspond plus aux réalités du commerce. Elle affirme plutôt qu’il s’agit d’une règle formaliste, qui ne semble plus avoir de raison d’être aujourd’hui. La question en litige dans le présent pourvoi consiste donc à se demander si notre Cour devrait abolir une règle — qui fait partie d’un ensemble de règles régissant tant le droit des biens que le droit des contrats —, en l’absence de preuve que cette règle est source d’injustice ou que les réalités du commerce ont changé, tout simplement parce que la justification historique de la règle en question a perdu son importance.

II. Les faits

Par voie de déclaration déposée le 14 octobre 1994, l’appelante a intenté une action contre les propriétaires bénéficiaires intimés pour cause de manquement à un acte d’hypothèque enregistré le 6 février 1989 à l’égard d’un bien immobilier dont le titre était détenu par Final Note Limited («Final Note»). L’appelante a plaidé que Final Note avait conclu l’acte d’hypothèque en qualité de simple fiduciaire et de mandataire des propriétaires bénéficiaires. L’acte d’hypothèque a été signé par le

the mortgage. After the appellant brought the action on the covenant in the mortgage, the beneficial owners commenced proceedings against the solicitors (“third parties”) who represented them in the transaction.

The beneficial owners and the third parties brought a motion pursuant to rule 21.01(1)(a) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for a determination before trial of a question of law raised by the pleadings. They asked for an order dismissing the action against them on the following ground:

If Final Note did act as agent for the remaining defendants, they are entitled to a dismissal of this action on the basis of the rule that an undisclosed principal cannot be sued by a third party on an indenture executed by an agent under seal.

Borins J. of the Ontario Court (General Division) dismissed the motion. The Divisional Court granted an appeal and dismissed the appellant’s action on the basis of the sealed contract rule. Morden A.C.J.O., on behalf of the Court of Appeal, upheld the decision of the Divisional Court. That decision is the subject of the appeal before this Court.

When a motion is brought pursuant to rule 21.01(1)(a), the only factual materials that may be considered by the court are the pleadings and, in this case, the mortgage in question. For the purpose of addressing the question raised on this appeal, this Court is required to accept as true the allegations in the appellant’s statement of claim, the relevant portions of which are as follows:

2. The Defendant, Final Note Limited (the “Bare Trustee”) is a corporation under the laws of Ontario and is the legal title holder to property municipally known as 100 Tullamore Court, Brampton, Ontario (the “Property”).

représentant dûment autorisé de Final Note, qui y a apposé le sceau de celle-ci. Aucun des propriétaires bénéficiaires n’était partie à l’acte d’hypothèque. Après le dépôt par l’appelante de son action fondée sur l’engagement figurant dans l’acte d’hypothèque, les propriétaires bénéficiaires ont entamé des poursuites contre les avocats (les «tiers») qui les avaient représentés dans cette opération.

Les propriétaires bénéficiaires et les tiers ont, en vertu de la règle 21.01(1)a des *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, règl. 194, présenté une requête demandant que soit décidée, avant l’instruction, une question de droit soulevée par les actes de procédure. Ils ont demandé, pour le motif suivant, une ordonnance rejetant l’action intentée contre eux:

[TRADUCTION] Si Final Note a agi comme mandataire pour les autres défendeurs, ceux-ci ont droit au rejet de la présente action en application de la règle selon laquelle un mandant secret ne peut pas être poursuivi par un tiers en vertu d’un acte conclu par un mandataire et revêtu d’un sceau.

Le juge Borins de la Cour de l’Ontario (Division générale) a rejeté la requête. La Cour divisionnaire a accueilli l’appel formé devant elle et a rejeté l’action de l’appelante en invoquant la règle du contrat par acte scellé. Le juge en chef adjoint Morden, s’exprimant au nom de la Cour d’appel de l’Ontario, a confirmé la décision de la Cour divisionnaire. Cette décision fait l’objet du pourvoi dont est saisie notre Cour.

Lorsqu’une requête est présentée en vertu de la règle 21.01(1)a), les seuls documents qui peuvent être pris en considération par le tribunal sont les actes de procédure et, en l’espèce, l’acte d’hypothèque en cause. Aux fins d’examen de la question soulevée par le présent pourvoi, notre Cour doit tenir pour avérées les allégations contenues dans la déclaration de l’appelante, dont voici les extraits pertinents:

[TRADUCTION]

2. La défenderesse Final Note Limited (le «simple fiduciaire») est une société constituée en vertu des lois de l’Ontario, et elle est détentrice du titre légal sur l’immeuble portant la désignation civique 100, Tullamore Court, Brampton (Ontario) (l’«immeuble»).

3

4

3. The Bare Trustee holds title to the Property as trustee and/or agent for the remaining defendants which are the beneficial owners thereof (the remaining defendants will hereinafter be collectively referred to as the "Owners").

. . .

7. The Plaintiff states that the Bare Trustee was created for the sole purpose of holding title to the Property as Bare Trustee on behalf of the Owners.

8. The Plaintiff states that at no material time did the Bare Trustee have any independent existence either in fact or in law and that at all material times all decisions regarding the Property and the Mortgage were made by the Owners.

. . .

10. Alternatively, the Plaintiff states that at all material times the Bare Trustee acted as agent for the Owners who are at law liable to the Plaintiff under the Mortgage.

The mortgage was executed in the form required under the *Land Registration Reform Act, 1984*, S.O. 1984, c. 32. The mortgage agreement was signed by Abdul Pirani, Vice President of Final Note. Final Note's corporate seal appeared to the right of his signature and name.

III. Judicial History

5

Borins J. noted that there was no disagreement amongst the counsel that an undisclosed principal cannot be sued by a third party on a specialty contract, executed by a trustee or an agent, under seal. There was also no disagreement that in certain circumstances a mortgage, signed by the application of a corporate seal, could constitute a specialty contract under seal. Borins J. found, however, that whether what would ordinarily be a simple contract is transformed into a contract by specialty by its execution under seal could only be determined by examining the intentions of the parties. The parties' intentions could only be determined by a trial judge, upon hearing the evidence surrounding the completion of the contract. Therefore, Borins J. found that it was not plain, obvious and beyond a

3. Le simple fiduciaire détient le titre sur l'immeuble en qualité de fiduciaire, de mandataire, ou les deux, des autres défendeurs, qui en sont les propriétaires bénéficiaires (les autres défendeurs sont désignés collectivement ci-après les «propriétaires»).

. . .

7. La demanderesse déclare que le simple fiduciaire a été créé dans le seul but de détenir le titre sur l'immeuble en qualité de simple fiduciaire pour le compte des propriétaires.

8. La demanderesse déclare qu'à aucun moment pertinent le simple fiduciaire n'a eu une existence distincte en fait ou en droit, et que toutes les décisions relatives à l'immeuble et à l'acte d'hypothèque ont été prises par les propriétaires.

. . .

10. Subsidiairement, la demanderesse déclare que, à tout moment pertinent, le simple fiduciaire a agi à titre de mandataire des propriétaires, qui ont des obligations en droit envers la demanderesse en vertu de l'acte d'hypothèque.

L'acte d'hypothèque a été préparé sous la forme prescrite par la *Land Registration Reform Act, 1984*, S.O. 1984, ch. 32 (ci-après la «Loi de 1984»), et signé par Abdul Pirani, vice-président de Final Note. Le sceau de Final Note figurait à la droite du nom de Pirani et de sa signature.

III. L'historique des procédures judiciaires

Le juge Borins a souligné que les avocats étaient d'accord sur le fait qu'un mandant secret ne peut pas être poursuivi en vertu d'un contrat revêtu d'un sceau conclu par un fiduciaire ou un mandataire. Ils étaient également d'accord sur le fait que, dans certains cas, un acte d'hypothèque signé et revêtu du sceau d'une entreprise peut constituer un contrat par acte scellé. Cependant, le juge Borins a estimé que la question de savoir si un document qui serait normalement un contrat nu devient un contrat formaliste parce qu'il est revêtu d'un sceau ne pouvait être tranchée que par l'examen de l'intention des parties. Cette intention ne pouvait être déterminée que par le juge de première instance, après avoir entendu les témoignages relatifs à la conclusion du contrat. Par conséquent, le juge

doubt that FED could not succeed at trial. He dismissed the motion.

Steele J. granted leave to appeal to the Divisional Court from the decision of Borins J. He found that the mortgage was executed under a corporate seal and that the decision of Borins J. conflicted with the rule that an undisclosed principal cannot be sued by a third party on such a contract. Steele J. found that in some cases the intention of the parties might be relevant to determine whether a simple contract was turned into a specialty by execution under seal. However, in his view, a mortgage was a specialty in itself and the intent of the parties was irrelevant.

Saunders J., on behalf of Keenan and Sharpe JJ., for the Divisional Court, allowed the appeal by the beneficial owners and the third parties: [1997] O.J. No. 642 (Q.L.). Since the indenture of mortgage was executed under seal, it could only have been a specialty debt. In such a situation, there was no room for ascertaining the intent of the parties. Since all the parties agreed that an undisclosed principal could not be sued on a contract executed by an agent or trustee under seal, it was plain and obvious that the action against Final Note should be dismissed.

Morden A.C.J.O., for a unanimous Court of Appeal, dismissed FED's appeal: (1998), 41 O.R. (3d) 712. He maintained that, although the sealed contract rule had been criticized by reason of its technicality, there was no question that it continued to exist.

Having determined that the sealed contract rule continued to be binding, Morden A.C.J.O. proceeded to discuss its application. He rejected the appellant's argument that the rule did not apply to corporate agents. He found that pursuant to the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 15, a corporation had the same capacity and powers of a natural person, and that this

Borins a décidé qu'il n'était pas clair et net que FED ne pourrait avoir gain de cause au procès. Il a rejeté la requête.

Le juge Steele a accordé l'autorisation d'appeler à la Cour divisionnaire de la décision du juge Borins. Il a jugé que l'acte d'hypothèque avait été revêtu du sceau d'une société et que la décision du juge Borins était incompatible avec la règle qu'un mandant secret ne peut pas être poursuivi par un tiers en vertu d'un tel contrat. Le juge Steele a estimé que, dans certains cas, l'intention des parties pouvait être pertinente pour déterminer si un contrat nu était devenu un contrat formaliste du fait qu'il avait été revêtu d'un sceau. À son avis, toutefois, un acte d'hypothèque était en soi un contrat par acte scellé, si bien que l'intention des parties n'était pas pertinente.

S'exprimant également au nom des juges Keenan et Sharpe, le juge Saunders de la Cour divisionnaire a accueilli l'appel des propriétaires bénéficiaires et des tiers: [1997] O.J. No. 642 (Q.L.). Étant donné que l'acte d'hypothèque avait été revêtu d'un sceau, il ne pouvait s'agir que d'une créance constatée par acte scellé. Vu la situation, il n'était pas loisible à la cour de chercher à déterminer l'intention des parties. Comme les parties s'entendaient sur le fait qu'un mandant secret ne pouvait pas être poursuivi en vertu d'un contrat par acte scellé conclu par un mandataire ou par un fiduciaire, il était clair et net que l'action intentée contre Final Note devait être rejetée.

Rédigeant la décision unanime de la Cour d'appel, le juge en chef adjoint Morden a rejeté l'appel de FED, indiquant que même si la règle du contrat par acte scellé avait été critiquée en raison de son formalisme, il ne faisait aucun doute qu'elle continuait d'exister: (1998), 41 O.R. (3d) 712.

Ayant conclu que la règle du contrat par acte scellé continuait de lier les tribunaux, le juge en chef adjoint Morden a ensuite examiné son application. Il a rejeté l'argument de l'appelant que la règle ne s'appliquait pas aux sociétés agissant comme mandataires. Il a estimé que, en vertu de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 15, une société avait la

6

7

8

9

extended to the application of the sealed contract rule. In addition, he reviewed the cases where the rule had been applied to corporate agents and found that they could not be distinguished from the facts of the case at bar. The appellant had relied upon the decision of Bouck J. of the British Columbia Supreme Court in *Kootenay Savings Credit Union v. Toudy* (1987), 22 B.C.L.R. (2d) 201, as authority for the proposition that the sealed contract rule could not be applied to corporate agents. In that decision, Bouck J. had declined to apply the sealed contract rule to a corporation, citing the fact that the seal had been affixed to the contract pursuant to a statutory requirement. Morden A.C.J.O. distinguished the case on the ground that the seal affixed to the FED mortgage was not mandatory.

même capacité et les mêmes droits qu'une personne physique, et que cela s'étendait à l'application de la règle du contrat par acte scellé. En outre, il a examiné les affaires dans lesquelles la règle avait été appliquée aux sociétés agissant comme mandataires et il a jugé que les faits de ces affaires ne pouvaient être distingués de ceux du présent cas. L'appelante avait invoqué la décision du juge Bouck de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *Kootenay Savings Credit Union c. Toudy* (1987), 22 B.C.L.R. (2d) 201, au soutien de la thèse que la règle du contrat par acte scellé ne pouvait pas être appliquée aux sociétés agissant comme mandataires. Dans cette décision, le juge Bouck avait refusé d'appliquer la règle du contrat par acte scellé à une société, mentionnant le fait que le sceau avait été apposé au contrat en application d'une exigence prévue par une disposition législative. Le juge en chef adjoint Morden a distingué le présent cas de cette affaire en se fondant sur le fait que le sceau apposé à l'acte d'hypothèque de FED n'était pas obligatoire.

10 Morden A.C.J.O. proceeded to consider the appellant's claim that there was an exception to the sealed contract rule that allowed an undisclosed principal to sue on a contract under seal despite the fact that such a principal could not be sued on the same contract. To support this claim, the appellant cited the decision of the English Court of Appeal in *Harmer v. Armstrong*, [1934] Ch. 65. The case involved a situation where the trustee had initially refused to enforce the contract under seal against the defendants. The plaintiff beneficiaries were allowed to bring an action against the agent and the third party defendants. Morden A.C.J.O., however, noted that it was an important part of the reasoning of at least two of the three members of the Court of Appeal in that case that the contract was being enforced in favour of the agent and not in favour of the plaintiff beneficiaries. The case was clearly distinguishable from the one at bar, wherein one of the contracting parties sought to enforce the contract directly against the beneficiary/principal without involving the trustee/agent.

Le juge en chef adjoint Morden a ensuite examiné la prétention de l'appelante qu'une exception à la règle du contrat par acte scellé permet à un mandant secret de former une action sur le fondement d'un tel contrat malgré le fait qu'il ne puisse lui-même être poursuivi en vertu de celui-ci. Au soutien de cette prétention, l'appelante a invoqué l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *Harmer c. Armstrong*, [1934] Ch. 65. Dans cette affaire, le fiduciaire avait d'abord refusé de demander l'exécution du contrat par acte scellé par les défendeurs. On a permis aux demandeurs bénéficiaires d'intenter une action contre le mandataire et les tiers défendeurs. Toutefois, le juge en chef adjoint Morden a souligné qu'une partie importante du raisonnement suivi par au moins deux des trois membres de la Cour d'appel dans cette affaire était que l'on demandait l'exécution du contrat en faveur du mandataire et non en faveur des bénéficiaires demandeurs. Cette affaire pouvait clairement être distinguée de celle qui nous occupe, où l'une des parties contractantes demandait l'exécution du contrat directement à l'encontre du bénéficiaire/mandant sans mettre en cause le fiduciaire/mandataire.

Morden A.C.J.O. then turned to the issue of the intent of the parties in affixing Final Note's corporate seal to the mortgage. Section 13(1) of the *Land Registration Reform Act, 1984* states that any document which transfers an interest in land need not be executed under seal and that those documents which are not executed under seal have the same effect for all purposes as if executed under seal. In his view, the section had the effect of making the covenant to pay in the mortgage a covenant under seal for all purposes, including the application of the sealed contract rule. The provision, in his view, went beyond providing the requirements for the registration of documents under the Act and had a substantive effect. The underlying rationale of the provision was to preserve the common law substantive consequences associated with traditional forms of mortgages and conveyances. In light of this, he found that the intent with which the corporate seal was affixed was not relevant and that the provision had the effect of making the sealed contract rule applicable to the covenant to pay in the mortgage.

Morden A.C.J.O. rejected the appellant's policy arguments for abolishing the sealed contract rule. In his opinion, while the rule had been criticized, it did form part of the law. Presumably, parties would take the rule into account in structuring their transactions and would know, by the very form of the document, who would have rights and obligations under it. To repeal the rule would have the effect of unfairly frustrating the intentions of the parties.

IV. Legislation

Land Registration Reform Act, 1984, S.O. 1984, c. 32 (now *Land Registration Reform Act*, R.S.O. 1990, c. L.4)

13. — (1) Despite any statute or rule of law, a transfer or other document transferring an interest in land, a charge or discharge need not be executed under seal by

Le juge en chef adjoint Morden s'est ensuite demandé quelle avait été l'intention des parties en apposant le sceau de Final Note sur l'acte d'hypothèque. Le paragraphe 13(1) de la Loi de 1984 précise que les documents cédant un droit sur un bien-fonds n'ont pas à être revêtus d'un sceau et que les documents non scellés ont la même valeur que ceux qui le sont. Selon le juge Morden, cette disposition a eu pour effet de transformer l'engagement à payer contenu dans l'acte d'hypothèque en engagement par acte scellé à tous égards, y compris pour l'application de la règle du contrat par acte scellé. À son avis, cette disposition ne faisait pas qu'énumérer les conditions d'enregistrement des documents en vertu de la Loi, mais elle avait aussi des effets substantiels. Sa raison d'être était la préservation des effets substantiels, en common law, associés aux formes traditionnelles d'actes d'hypothèque et de cession. À la lumière de ces constatations, il a jugé que l'intention dans laquelle le sceau de la société avait été apposé n'était pas une considération pertinente et que la disposition avait pour effet de rendre la règle du contrat par acte scellé applicable à l'engagement à payer figurant dans l'acte d'hypothèque.

Le juge en chef adjoint Morden a rejeté les arguments de principe invoqués par l'appelante à l'appui de l'abolition de la règle du contrat par acte scellé. À son avis, bien que la règle ait été critiquée, elle faisait partie du droit. Il faut présumer que les parties tiennent compte de cette règle lorsqu'elles structurent leurs opérations, et qu'elles savent, en raison de la forme même du document, quels sont les droits et obligations de chacun en vertu de celui-ci. Abolir la règle aurait pour effet de faire injustement obstacle à l'intention des parties.

IV. Les dispositions législatives

Land Registration Reform Act, S.O. 1984, ch. 32 (maintenant *Loi portant réforme de l'enregistrement immobilier*, L.R.O. 1990, ch. L.4)

[TRADUCTION]

13 (1) Malgré toute loi ou règle de droit, les cessions ou autres documents qui cèdent un droit sur un bien-fonds, ainsi que les charges et mainlevées de charge,

11

12

13

any person, and such a document that is not executed under seal has the same effect for all purposes as if executed under seal.

(2) Subsection (1) applies to a guarantee in a charge.

V. Analysis

14 The appellant, FED, has asked this Court to abolish the sealed contract rule. It contends that the rule has no present principled justification and that it has been criticized by academics and some courts. In addition, the appellant submits that the rule is unjust and unfair. With respect, I disagree with the appellant's submissions. In my view, there is no evidence that the sealed contract rule creates injustice or that it is inconsistent with commercial reality. The sealed contract rule is part of a system of property and contract rules which provide certainty in commercial relations. To change or abolish one rule within that system would inevitably create uncertainty with regard to the other rules. Courts should not interfere with such rules without clear evidence that it is necessary to change the law to be in step with commercial reality and clear evidence that a change in the rule will not have unwarranted far-reaching ramifications.

A. *The Undisclosed Principal*

15 When a third party contracts with an agent and the contract is not under seal, the principal has the same rights and liabilities under the contract whether he or she was disclosed to the third party and despite the fact that his or her name did not appear on the face of the contract. Therefore, undisclosed principals can sue and be sued in their own name on any simple contracts made on their behalf by their agents as long as those agents have acted within the scope of their delegated authority in so doing.

16 The rule which allows an undisclosed principal to sue or be sued on a simple contract has been criticized. Some argue that the doctrine is anomalous and that it violates some of the basic tenets of

n'ont pas à être revêtues du sceau de quiconque. Ces documents sans le sceau valent ceux qui en sont revêtus.

(2) Le paragraphe (1) s'applique aux garanties stipulées dans une charge.

V. L'analyse

L'appelante, FED, demande à notre Cour d'abolir la règle du contrat par acte scellé, affirmant que la règle n'est plus justifiée du point de vue des principes et qu'elle a été critiquée par des auteurs et par certains tribunaux. En outre, l'appelante prétend que la règle est injuste et inéquitable. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec les arguments de l'appelante. À mon avis, il n'y a aucune preuve que la règle du contrat par acte scellé soit source d'injustice ou qu'elle soit incompatible avec les réalités du commerce. Cette règle fait partie d'un ensemble de règles du droit des biens et du droit des contrats qui contribuent à assurer la certitude dans les relations commerciales. Modifier ou abolir une règle donnée créerait inévitablement de l'incertitude à l'égard des autres règles. Les tribunaux ne doivent pas toucher à ces règles en l'absence de preuve évidente qu'il est nécessaire de modifier le droit pour l'adapter aux réalités du commerce et que la modification d'une règle n'aura aucune conséquence profonde et qui ne serait pas justifiée.

A. *Le mandant secret*

Lorsqu'un tiers contracte avec un mandataire et que le contrat n'est pas revêtu d'un sceau, le mandant a les mêmes droits et obligations en vertu de ce contrat, que son existence ait été divulguée ou non au tiers, bien que son nom ne soit pas inscrit sur le contrat. Par conséquent, les mandants secrets peuvent ester en justice en leur propre nom en vertu de tout contrat nu conclu pour leur compte par leurs mandataires, dans la mesure où ceux-ci ont alors agi dans les limites des pouvoirs qui leur avaient été délégués.

La règle qui permet à un mandant secret d'ester en justice en vertu d'un contrat nu a été critiquée. Certains prétendent que cette théorie est injustifiée et qu'elle contrevient à certains préceptes fonda-

the laws of contract and of agency: see, e.g., J. B. Ames, "Undisclosed Principal — His Rights and Liabilities" (1909), 18 *Yale L.J.* 443; M. Schiff, "The Undisclosed Principal: An Anomaly in the Laws of Agency and Contract" (1983), 88 *Com. L.J.* 229. Critics of the rule argue that contracts are premised upon the agreement of two or more persons to be bound to each other and to the terms pursuant to which they will be so bound. It appears to be inconsistent with this fundamental principle to bind the third parties to principals with whom they did not contract.

While some commentators have criticized the rule relating to undisclosed principals, other commentators have argued that the rule is consistent with commercial reality. Although the undisclosed principal may not be named in the contract, he or she does exist in fact and directs the agent. The agent is simply the instrument through which the principal acts. Since the principal controls the agent and receives the benefit of the contract with the third party, there does not appear to be any injustice in making the principal directly answerable to the third party or in allowing the principal to enforce the contract against the third party. The rule simply gives effect to what exists in fact, even if that fact is not reflected in the contract: see *Keighley Maxsted & Co. v. Durant*, [1901] A.C. 240 (H.L.), at p. 261, *per* Lindley L.J.; E. J. Weinrib, "The Undisclosed Principle of Undisclosed Principals" (1975), 21 *McGill L.J.* 298.

Regardless of the criticism of the rule, it is firmly established that undisclosed principals may sue or be sued on simple contracts entered into by their agents. Parties are presumed to be aware of the possibility that those with whom they are bargaining are acting on behalf of an unnamed principal. The parties to a contract can avoid the application of the rule, either by including an express term in the contract which limits liability to the parties named in the contract itself, or by executing the contract under seal.

mentaux du droit des contrats et du droit des mandats; voir, par exemple, J. B. Ames, «Undisclosed Principal — His Rights and Liabilities» (1909), 18 *Yale L.J.* 443; M. Schiff, «The Undisclosed Principal: An Anomaly in the Laws of Agency and Contract» (1983), 88 *Com. L.J.* 229. Ceux qui critiquent la règle affirment que les contrats reposent sur l'accord qui intervient entre au moins deux personnes et par lequel celles-ci conviennent d'être liées l'une envers l'autre et des conditions auxquelles elles seront ainsi liées. Il paraît incompatible avec ce principe fondamental de lier les tiers envers des mandants avec lesquels ils n'ont pas contracté.

Alors que certains auteurs ont critiqué la règle relative aux mandants secrets, d'autres ont prétendu qu'elle est compatible avec les réalités du commerce. Bien que le mandant secret ne soit pas nommé dans le contrat, il existe néanmoins concrètement et il donne des instructions au mandataire. Ce dernier est simplement l'instrument par lequel le mandant agit. Étant donné que le mandant dirige le mandataire et bénéficie des avantages du contrat conclu avec le tiers, il ne paraît y avoir aucune injustice à rendre le mandant directement responsable envers le tiers ou à lui permettre d'obliger celui-ci à respecter le contrat. La règle ne fait que donner effet à la situation qui existe dans les faits, même si cette situation ne se reflète pas dans le contrat: voir *Keighley Maxsted & Co. c. Durant*, [1901] A.C. 240 (H.L.), à la p. 261, le lord juge Lindley; E. J. Weinrib, «The Undisclosed Principle of Undisclosed Principals» (1975), 21 *McGill L.J.* 298.

Malgré les critiques dont fait l'objet la règle, il est fermement établi que les mandants secrets peuvent ester en justice en vertu des contrats nus conclus par leurs mandataires. Les parties sont présumées être au fait de la possibilité que ceux avec qui elles font des affaires agissent pour le compte d'un mandant non désigné nommément. Les parties à un contrat peuvent éviter l'application de la règle soit en intégrant au contrat une stipulation expresse limitant la responsabilité aux parties nommément désignées dans le contrat lui-même, soit en revêtant le contrat d'un sceau.

17

18

B. *The Sealed Contract Rule*

19

The practice of sealing documents is one which is centuries old and which predates much of our modern legal history. Originally, it was used as a means of authenticating a document when most individuals were unable to sign their names. However, as time passed, the seal became a symbol of the solemnity of a promise and began to serve an evidentiary function. The seal rendered the terms of the underlying transaction indisputable, and thus rendered additional evidence unnecessary: see L. Fuller, "Consideration and Form" (1941), 41 *Colum. L. Rev.* 799, at p. 802. A contract under seal derived, and still derives, its validity from the form of the document itself: see, e.g., *Nalbandian v. Hanson Restaurant & Lounge, Inc.*, 338 N.E.2d 335 (Mass. 1975), at p. 337; Ontario Law Reform Commission, *Report on Amendment of the Law of Contract* (1987), at p. 35; Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Deeds and Seals* (1988), at p. 8.

20

Because a contract under seal derives its validity from its form alone, there are several incidents of such a contract which differ from those of a simple contract. The fundamental difference between contracts under seal and simple contracts is in relation to the doctrine of consideration. The law will enforce a contract under seal even without consideration. Therefore, a gratuitous promise which is expressed in an instrument under seal is enforceable. There are other incidents of a contract under seal, which may be summarized as follows:

1. Where a debtor covenants in a deed to pay a debt antecedently based in simple contract, the right to sue in debt merges in the right to sue on the covenant and is extinguished in law.
2. In an action on a deed, a statement in the deed may operate by way of estoppel against the maker of the statement.
3. At common law, only a person named in an instrument under seal as a party to it could sue on a

B. *La règle du contrat par acte scellé*

La pratique qui consiste à apposer un sceau sur des documents date de plusieurs siècles et est antérieure à la majeure partie de notre histoire juridique moderne. Au départ, elle servait à authentifier les documents, à une époque où la plupart des gens étaient incapables de signer leur nom. Cependant, au fil du temps, le sceau est devenu un symbole du caractère solennel d'une promesse et il a commencé à jouer un rôle d'élément de preuve. Il conférait un caractère incontestable aux conditions de l'opération en cause et, de ce fait, rendait inutile tout élément de preuve supplémentaire; voir L. Fuller, «Consideration and Form» (1941), 41 *Colum. L. Rev.* 799, à la p. 802. Un contrat par acte scellé tirait, et tire encore, sa validité de la forme même du document: voir, par exemple, *Nalbandian c. Hanson Restaurant & Lounge, Inc.*, 338 N.E.2d 335 (Mass. 1975), à la p. 337; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Amendment of the Law of Contract* (1987), à la p. 35; Law Reform Commission of British Columbia, *Report on Deeds and Seals* (1988), à la p. 8.

Puisqu'un contrat par acte scellé tire sa validité de sa forme même, les effets d'un tel contrat diffèrent à plusieurs égards de ceux d'un contrat nu. La différence fondamentale entre les contrats par acte scellé et les contrats nus découle de la règle de la contrepartie. Le droit considère qu'un contrat par acte scellé est susceptible d'exécution même en l'absence de contrepartie. Par conséquent, une promesse gratuite exprimée dans un acte scellé est exécutoire. Un contrat par acte scellé comporte d'autres effets, qui peuvent être résumés ainsi:

1. Lorsque, dans un acte, un débiteur s'engage à payer une dette qui reposait jusque-là sur un contrat nu, le droit d'action découlant de la créance se fond au droit d'action découlant de l'engagement et il est éteint en droit.
2. Dans une action fondée sur un acte formaliste, une déclaration faite dans cet acte peut avoir un effet de préclusion contre son auteur.
3. En common law, seule une personne nommément désignée comme partie dans un instrument

covenant in the instrument expressed to be for his benefit.

4. The limitation period for an action for a breach of a contract under seal may be longer than for a simple contract in some provinces.

See A. Herschorn, "Documents Under Seal: Consequences and Complications" (1989), 10 *Advocates' Q.* 129, at p. 130; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1998), vol. 9(1), at para. 617; *Limitations Act*, R.S.O. 1990, c. L.15, s. 45(1)(b); *Limitation of Actions Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-8, s. 2; *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, c. 258, s. 2(1)(c); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, c. S-7, s. 13. The sealed contract rule at issue in this case, namely that only the parties to a contract under seal may sue or be sued on it, thus exists within a system of rules which apply to sealed contracts.

I agree with Morden A.C.J.O. that the sealed contract rule is clearly a part of the common law of Canada. The rule was first described by this Court in *Porter v. Pelton* (1903), 33 S.C.R. 449. In that case, Porter had given an option to Pelton to purchase his gold mines and to develop them. Porter was unaware that Pelton was Holden's partner and that the option was taken for the benefit of the partnership, by Holden's directions. Pelton eventually decided to purchase the property. He paid part of the purchase price and signed an agreement under seal that he would organize a company to mine the area and give Porter stock in the company for the balance of the purchase price. The company did some work on the mine but ceased operations before paying the rest of the purchase money to Porter. Porter sued both Pelton and Holden. Nesbitt J. found as follows, at p. 455:

The cases for over a century establish the rule of law firmly that where partners contract under seal they are bound by the form of the instrument, and where parties

revêtu d'un sceau peut intenter des poursuites en invoquant un engagement stipulé en sa faveur dans l'acte.

4. Dans certaines provinces, la prescription applicable aux actions fondées sur l'inexécution d'un contrat par acte scellé peut être plus longue que celle applicable aux contrats nus.

Voir A. Herschorn, «Documents Under Seal: Consequences and Complications» (1989), 10 *Advocates' Q.* 129, à la p. 130; *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1998), vol. 9(1), au par. 617; *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O. 1990, ch. L.15, al. 45(1)(b); *Loi sur la prescription*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-8, art. 2; *Limitation of Actions Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 258, al. 2(1)(c); *Statute of Limitations*, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-7, art. 13. La règle du contrat par acte scellé en cause en l'espèce — savoir le fait que seules les parties à un contrat scellé peuvent ester en justice en vertu de ce contrat — s'inscrit donc dans un ensemble de règles applicables à ces contrats.

Le partage l'avis du juge en chef adjoint Morden que la règle du contrat par acte scellé fait clairement partie de la common law canadienne. Cette règle a été décrite pour la première fois par notre Cour dans *Porter c. Pelton* (1903), 33 R.C.S. 449. Dans cette affaire, Porter avait accordé à Pelton la faculté d'acheter ses mines d'or et de les exploiter. Porter ne savait pas que Pelton était l'associé de Holden et que la faculté avait été acceptée pour le bénéfice de la société de personnes, selon les instructions de Holden. Pelton a décidé par la suite d'acheter les biens-fonds en question. Il a payé une partie du prix d'achat et a signé une entente par acte scellé dans laquelle il s'engageait à constituer une société en vue d'exploiter le secteur minier visé et à donner à Porter des actions de cette société en règlement du solde du prix d'achat. La société a effectué quelques travaux d'exploitation de la mine, mais elle a cessé ses activités sans payer à Porter le solde du prix d'achat. Ce dernier a poursuivi et Pelton et Holden. Le juge Nesbitt a tiré la conclusion suivante, à la p. 455:

[TRADUCTION] Depuis plus d'un siècle, les tribunaux ont établi fermement la règle de droit selon laquelle les associés qui concluent une entente par acte scellé sont

so signing are merely acting as agents and are so described, only the parties signing can be bound. A principal or partner cannot be bound unless he has given authority for his signature under seal, and is designated as a party to the deed.

The Court thus denied recovery against Holden.

22

This Court next had the opportunity to consider the sealed contract rule in *Margolius v. Diesbourg*, [1937] S.C.R. 183. In this case, Kellner had contracted with Margolius to buy 200,000 gallons of whiskey. The contract between the two men was executed under seal. After agreeing to sell the whiskey to Kellner, Margolius learned that Kellner had been acting on behalf of his principal, Diesbourg. The contract was breached and Margolius attempted to sue both Kellner and Diesbourg. The Court found that the action was not maintainable against Diesbourg. At p. 189, Davis J. found as follows:

It has long been settled that no person can sue or be sued in an action at law upon a contract under seal, unless the person is a party to the contract.

He cited with approval the following statement from *Pollock on Contracts* (10th ed. 1936), at pp. 97-98:

When a deed is executed by an agent as such but purports to be the deed of the agent and not of the principal, then the principal cannot sue or be sued upon it at law, by reason of the technical rule that those persons only can sue or be sued upon an indenture who are named or described in it as parties.

23

The most recent decision of this Court to consider the sealed contract rule is *Whisper Holdings Ltd. v. Zamikoff*, [1971] S.C.R. 933. The case involved two contracts under seal governing the purchase of land in Toronto by four partners. One contract divided the land amongst the partners. The second contract detailed the consequences should a partner default on his or her obligations pursuant to the agreement. The second contract reflected the fact that, following the execution of the first con-

liés par la forme de l'acte et, lorsque les parties signataires agissent simplement à titre de mandataires et y sont ainsi décrites, seules les parties signataires peuvent être liées. Un mandant ou un associé ne peut être lié à moins qu'il n'ait autorisé l'apposition de sa signature dans un acte scellé et qu'il ne soit désigné comme partie à l'acte.

La Cour a donc conclu à l'absence de recours contre Holden.

Par la suite, notre Cour a eu l'occasion d'examiner à nouveau la règle du contrat par acte scellé dans *Margolius c. Diesbourg*, [1937] R.C.S. 183. Dans cette affaire, Kellner avait contracté avec Margolius en vue d'acheter 200 000 gallons de whisky. Les deux hommes avaient signé un contrat par acte scellé. Après avoir accepté de vendre le whisky à Kellner, Margolius avait appris que Kellner agissait pour le compte de son mandant, Diesbourg. Il y a eu inexécution du contrat et Margolius a formé une action contre Kellner et Diesbourg. Notre Cour a jugé irrecevable l'action intentée contre Diesbourg. À la page 189, le juge Davis a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Il est établi depuis longtemps que nul ne peut ester en justice en vertu d'un contrat par acte scellé à moins d'être partie à ce contrat.

Il a ensuite cité en l'approuvant le passage suivant de *Pollock on Contracts* (10^e éd. 1936), aux pp. 97 et 98:

[TRADUCTION] Lorsqu'un acte est conclu par un mandataire à ce titre, mais que cet acte se veut l'acte du mandataire et non celui du mandant, ce dernier ne peut pas ester en justice en vertu de cet acte en raison de la règle formaliste selon laquelle seules les personnes qui sont nommées ou décrites comme parties à un acte peuvent ester en justice en vertu de celui-ci.

L'arrêt le plus récent de notre Cour dans lequel la règle du contrat par acte scellé a été examinée est *Whisper Holdings Ltd. c. Zamikoff*, [1971] R.C.S. 933. Cette affaire portait sur deux contrats par acte scellé visant l'achat de terrains à Toronto par quatre associés. Le premier contrat pourvoyait au partage des terrains entre les associés. Le second exposait en détail les effets des manquements par les associés aux obligations leur incombant en vertu de l'accord. Ce second contrat

tract four years earlier, one partner was replaced by his daughter and another partner was replaced by a holding company. The daughter and the holding company were included as parties in the final deed of transfer of the land and both of them executed a mortgage on the land. The holding company defaulted on its obligations under the agreement and the other partners asked the company to leave the partnership and forfeit all rights to the land. The land increased in value, and the holding company alleged that it continued to have an interest in it. Spence J. stated the sealed contract rule as follows, at pp. 941-42:

It is, of course, well established that when an instrument is executed under seal only those who are expressed in it to be parties thereto can sue or be sued on a covenant contained in the said instrument. No further authority is required than *Porter v. Pelton & Holden*

The Court, however, also found that the circumstances following the execution of the original agreements showed beyond any doubt that there was a novation of the contracts, where all partners old and new agreed to the replacement of two of the partners. The holding company, therefore, was bound by the provisions of the first two contracts despite the operation of the sealed contract rule.

While the statement by the Court of the sealed contract rule in *Whisper Holdings, supra*, is *dictum* because of the Court's final determination that there was a novation of the contract, I agree with Morden A.C.J.O. that the statement is an authoritative statement of the law. Laskin J.A. (as he then was) had made the following statement with respect to the sealed contract rule in his separate concurring reasons in the same case at the Court of Appeal: see *Re Zamikoff v. Lundy* (1970), 9 D.L.R. (3d) 637, at p. 648:

Failing any principle that time and rethinking may result in the desuetude, or at least justify reconsideration of a proposition that the Supreme Court has not reassessed or reaffirmed for more than half a century, I must

découlait du fait que, après la signature du premier contrat quatre ans plus tôt, un associé avait été remplacé par sa fille alors qu'un autre l'avait été par une société de gestion. La fille et la société de gestion ont été inscrites comme parties dans l'acte définitif de cession des terrains, et ces deux parties ont consenti une hypothèque sur les terrains. La société de gestion a manqué aux obligations que lui faisait l'accord, et les autres associés lui ont demandé de se retirer de la société de personnes et de renoncer à tous ses droits sur les terrains. La valeur des terrains a augmenté et la société de gestion a prétendu qu'elle avait toujours un droit sur ceux-ci. Voici comment le juge Spence a énoncé la règle du contrat par acte scellé, aux pp. 941 et 942:

Évidemment, il est bien établi que quand un acte est signé et scellé, seules les parties qui y figurent peuvent poursuivre ou être poursuivies à l'égard d'une obligation contenue dans ledit acte. Point n'est besoin de se reporter à d'autres précédents que l'affaire *Porter c. Pelton & Holden*

Cependant, notre Cour a également jugé que les faits survenus après la conclusion des accords initiaux démontraient hors de tout doute que ces contrats avaient opéré une novation par laquelle tous les associés antérieurs et actuels avaient convenu du remplacement de deux des associés. La société de gestion était donc liée par les dispositions des deux premiers contrats malgré l'application de la règle du contrat par acte scellé.

Bien que la déclaration faite par notre Cour au sujet de la règle du contrat par acte scellé dans l'arrêt *Whisper Holdings*, précité, soit une opinion incidente compte tenu de la décision définitive de notre Cour qu'il y avait eu novation, je partage l'avis du juge en chef adjoint Morden que cet arrêt fait autorité en tant qu'exposé du droit applicable. Le juge Laskin de la Cour d'appel (plus tard Juge en chef de notre Cour) avait fait la déclaration suivante relativement à la règle du contrat par acte scellé dans les motifs concordants qu'il avait exposés dans la même affaire: voir *Re Zamikoff c. Lundy* (1970), 9 D.L.R. (3d) 637, à la p. 648:

[TRADUCTION] En l'absence de quelque principe voulant que le temps et la réflexion puissent à eux seuls faire tomber en désuétude une proposition que la Cour suprême n'a ni réévaluée ni reconfirmée depuis plus

accept the rule in *Porter v. Pelton*. But at the same time, I must say that the quoted paragraph no longer represents the English law in so far as it refers to the position of a *cestui que trust* with respect to a covenant made on his behalf by a trustee: see *Harmer v. Armstrong*, [1934] Ch. 65. Again, it probably no longer represents the English Law even in the case of an undisclosed principal who purports to sue on a sealed contract, at least where an equitable remedy is being sought; there is some warrant for *Snell on Equity*, 26th ed., p. 643, to view *Harmer v. Armstrong* as a case of agency no less than one of trust.

What is left of the old common law rule in England is a shell at best; and since, admittedly, it was originally founded on a formalistic view of the contract under seal which has ceased to terrify, there is no reason of substance for prolonging its life. It has ceased to be operative in most of the States of the United States; see *I. A. Corbin on Contracts*, s. 255, p. 448.

Spence J. restated the sealed contract rule despite the invitation from Laskin J.A. to reconsider it. In this context, the statement of the rule, even in *dictum*, is strong authority for the proposition that the rule is still very much a part of the common law in Canada. The rule has been cited as part of the common law in several decisions since *Whisper Holdings*: see, e.g., *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank* (1987), 46 D.L.R. (4th) 37 (Alta. Q.B.); *Napev Construction Ltd. v. Lebedinsky* (1984), 7 C.L.R. 57 (Ont. H.C.); *Tri-S Investments Ltd. v. Vong*, [1991] O.J. No. 2292 (QL) (Gen. Div.); *Edelstein Construction Ltd. v. Fire Pit Inc.* (1996), 30 O.R. (3d) 383 (C.A.). The sealed contract rule is clearly still a part of the common law in Canada.

C. *The Harmer v. Armstrong Decision*

Despite the recognition of the sealed contract rule by this Court and other courts across the country, the appellant has asked this Court to abolish it. The appellant contends, amongst other claims, that the rule is now internally inconsistent. Following

d'un demi-siècle, ou à tout le moins en justifier le réexamen, je dois accepter la règle énoncée dans *Porter c. Pelton*. Il me faut cependant dire que le paragraphe cité ne décrit plus l'état du droit anglais quant à la situation du bénéficiaire d'une fiducie relativement à un engagement donné en son nom par un fiduciaire: voir *Harmer c. Armstrong*, [1934] Ch. 65. De même, il ne décrit probablement plus l'état du droit anglais, même dans le cas du mandat secret qui a l'intention d'intenter une poursuite fondée sur un contrat par acte scellé, du moins lorsqu'il demande un redressement en *equity*; ce n'est pas sans raison que, dans *Snell on Equity*, 26^e éd., à la p. 643, on considère *Harmer c. Armstrong* autant comme une affaire de mandat que comme une affaire de fiducie.

Ce qui reste de l'ancienne règle de common law en Angleterre est tout au plus une coquille vide; et étant donné, il faut le reconnaître, qu'elle était fondée à l'origine sur une interprétation formaliste du contrat par acte scellé qui a cessé d'avoir cours, il n'y a aucune raison substantielle de prolonger son existence. Elle a d'ailleurs cessé d'être appliquée dans la plupart des États américains; voir *I. A. Corbin on Contracts*, art. 255, p. 448.

Le juge Spence a reconfirmé la règle du contrat par acte scellé, malgré le fait que le juge Laskin de la Cour d'appel invitait au réexamen de cette règle. Dans ce contexte, l'énoncé de la règle, même à titre d'opinion incidente, étaye fermement la proposition que celle-ci continue de faire partie de la common law au Canada. Depuis l'arrêt *Whisper Holdings*, plusieurs tribunaux ont déclaré que la règle fait partie de la common law: voir, par exemple, *Canada Deposit Insurance Corp. c. Canadian Commercial Bank* (1987), 46 D.L.R. (4th) 37 (B.R. Alb.); *Napev Construction Ltd. v. Lebedinsky* (1984), 7 C.L.R. 57 (H.C. Ont.); *Tri-S Investments Ltd. c. Vong*, [1991] O.J. No. 2292 (QL) (Div. gén.); *Edelstein Construction Ltd. c. Fire Pit Inc.* (1996), 30 O.R. (3d) 383 (C.A.). La règle du contrat par acte scellé fait encore clairement partie de la common law au Canada.

C. *L'affaire Harmer c. Armstrong*

Malgré la reconnaissance de l'application de la règle du contrat par acte scellé par notre Cour et par d'autres tribunaux un peu partout au pays, l'appelante demande à notre Cour de l'abolir. L'appelante prétend notamment que la règle souffre main-

the decision of *Harmer v. Armstrong*, *supra*, the appellant claims that the rule no longer bars a principal from suing a third party on a contract entered into under seal for his or her benefit. As a result, the appellant argues, it is unjust not to allow the third party to sue the principal. To support this claim, the appellant cites the following passage from *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (13th ed. 1996), at p. 495:

The technical [sealed contract] rule, however, is subject to this limitation, that if the agent enters into a sealed contract as *trustee* for the principal, whether the trust is disclosed on the face of the contract or not, and he refuses to enforce it against the other party, then the principal, *qua* beneficiary, may himself enforce any proprietary right to which he is entitled by bringing an action against the third party and the agent. It would seem to follow that in such a case the principal is equally liable to be sued by the third party. [Emphasis in original.]

If the final sentence of the passage is correct, the sealed contract rule would no longer exist.

With respect, the passage cited above interprets the decision in *Harmer* beyond its original scope. The case involved a breach of trust. Armstrong was interested in purchasing some publications and approached Harmer and another potential investor to contribute a large portion of the purchase price. The investors agreed to contribute four-fifths of the price and authorized Armstrong to make an offer to purchase the papers. An agreement under seal was reached between the vendor and Armstrong to purchase the periodicals. Armstrong, however, asserted that he was the sole purchaser and, shortly after, asked to be released from his agreement to purchase. The vendor subsequently sold the papers to another purchaser. Harmer sued both Armstrong and the vendor for specific performance of the agreement. At trial, Maugham J. found that Harmer was not entitled to a judgment for specific performance because the contract was under seal and he was not a party to it.

tenant d'une incohérence interne. En effet, d'affirmer l'appelante, par suite de la décision *Harmer c. Armstrong*, précitée, la règle n'empêche plus un mandant de poursuivre un tiers en vertu d'un contrat par acte scellé conclu en sa faveur. En conséquence, plaide l'appelante, il est injuste de ne pas permettre à ce tiers de poursuivre le mandant. Au soutien de sa prétention, l'appelante invoque l'extrait suivant tiré de *Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract* (13^e éd. 1996), à la p. 495:

[TRADUCTION] La règle formaliste [du contrat par acte scellé] est cependant assujettie à la réserve suivante: si le mandataire conclut un contrat par acte scellé à titre de *fiduciaire* du mandant – que l'existence de la fiducie soit divulguée ou non dans le contrat –, et s'il refuse d'obliger l'autre partie à respecter ce contrat, le mandant peut lui-même, à titre de bénéficiaire, faire valoir tout droit de propriété lui appartenant en intentant une action contre le tiers et le mandataire. Il semblerait donc s'ensuivre que, dans un tel cas, le mandant peut à son tour être poursuivi par le tiers. [En italique dans l'original.]

Si la dernière phrase de cet extrait était exacte, la règle du contrat par acte scellé n'existerait plus.

En toute déférence, le passage précité interprète l'arrêt *Harmer* en lui donnant une portée qui déborde le cadre de cette décision. En effet, cette affaire portait sur l'inexécution d'un contrat de fiducie. Armstrong, qui désirait acheter certaines publications, a demandé à Harmer et à un autre investisseur potentiel d'avancer une large part du prix d'achat. Les investisseurs ont accepté d'avancer les 4/5 du prix et ont autorisé Armstrong à faire une offre d'achat visant ces publications. Une convention d'achat par acte scellé est intervenue entre le vendeur et Armstrong. Cependant, Armstrong avait affirmé être le seul acheteur et, peu après, il a demandé à être libéré de son obligation d'acheter. Le vendeur a par la suite vendu les publications à un autre acheteur. Harmer a poursuivi Armstrong et le vendeur en vue d'obtenir l'exécution en nature de la convention. Au procès, le juge Maugham a conclu que Harmer ne pouvait pas obtenir un jugement ordonnant l'exécution en nature du contrat parce que celui-ci était un acte scellé et qu'il n'y était pas partie.

27

All three of the judges on appeal of the decision of Maugham J. agreed with his finding that Armstrong had entered into the agreement to purchase the periodicals as a trustee for Harmer and the other investor. They also agreed that Armstrong had breached that trust in seeking to be released from the agreement. Lord Hanworth M.R. found that when a trust relationship existed, the trustee could take steps on behalf of the beneficiary to enforce the performance of a contract by the other contracting party. If the trustee, however, refused to do so, the beneficiary could sue, but was required to join the trustee as a defendant. Lord Hanworth M.R. explained that the rule was designed to eliminate procedural difficulties and circuitry of action. It would have been possible for Harmer to initiate a separate proceeding to have it declared that Armstrong was his trustee. Upon receiving this declaration, he could seek leave to sue in Armstrong's name when Armstrong refused to enforce his rights. Harmer could then bring an action against the vendors for specific performance. By allowing Harmer to sue the trustee and the vendor, the court could prevent the multiple proceedings.

Les trois juges siégeant en appel de la décision du juge Maugham ont souscrit à la conclusion de ce dernier selon laquelle Armstrong avait signé la convention d'achat des périodiques à titre de fiduciaire de Harmer et de l'autre investisseur. Ils ont également accepté que Armstrong avait contrevenu au contrat de fiducie en demandant à être libéré de son obligation. Le maître des rôles lord Hanworth a estimé que, lorsqu'il existe des rapports de fiduciaire, le fiduciaire peut prendre, au nom du bénéficiaire, des mesures en vue de forcer l'exécution du contrat par l'autre partie contractante. Toutefois, si le fiduciaire refuse de le faire, le bénéficiaire peut intenter lui-même les poursuites, auquel cas il est alors tenu de désigner le fiduciaire à titre de défendeur. Lord Hanworth a expliqué que la règle visait à éliminer les problèmes de procédure et la multiplication d'actions tendant au même résultat. Il aurait été possible pour Harmer de demander, dans une action distincte, un jugement déclaratoire portant que Armstrong était son fiduciaire. Une fois ce jugement obtenu, il aurait pu demander l'autorisation de former une action au nom d'Armstrong si ce dernier avait refusé d'exercer ses droits. Harmer aurait alors pu intenter une action contre le vendeur en vue d'obtenir l'exécution en nature du contrat. En permettant à Harmer de poursuivre le fiduciaire et le vendeur, la cour pouvait empêcher la multiplication des instances.

28

Lawrence L.J., in his reasons, emphasized that the rule which would allow Harmer to join Armstrong as a defendant was an equitable rule, distinct from the common law sealed contract rule. Both rules were equally established and authoritative in the law. He explained the equitable rule as follows, at p. 88:

Whenever a party under a contract, at the date when he enters into it is . . . a trustee for a third party that party has a right conferred upon him by way of property to sue on the contract whether the contract be under seal or not and can, according to well settled principles, enforce that right in equity, joining the trustee as a defendant to the action. The right of a beneficiary in such a case as the present, however, is to enforce the agreement according to its tenor, that is to say in favour of the

Dans ses motifs, le lord juge Lawrence a souligné que la règle qui permettait à Harmer de désigner Armstrong à titre de défendeur était une règle d'*equity* distincte de la règle de common law du contrat par acte scellé. Les deux règles étaient aussi bien établies l'une que l'autre et faisaient également autorité en droit. Il a expliqué ainsi la règle d'*equity*, à la p. 88:

[TRADUCTION] Lorsque, au moment de la conclusion d'un contrat, une partie à ce contrat est [. . .] fiduciaire pour un tiers, ce tiers se voit conférer par les règles du droit de propriété le droit d'intenter des poursuites en vertu du contrat, que celui-ci soit revêtu d'un sceau ou non, et il peut, selon des principes bien établis, exercer ce droit en *equity* et désigner le fiduciaire comme défendeur à l'action. Dans un cas comme celui qui nous occupe, toutefois, le droit du bénéficiaire consiste à

defendant Armstrong, and not in favour of the plaintiff beneficiaries. [Emphasis added.]

Lawrence L.J. also recognized that a court could refuse to enforce a contract in this way if there was a debate as to whether a trust relationship actually existed between the party to the contract and the third party beneficiary.

In my view, the decision in *Harmer* does not, as the appellant contends, carve out an exception to the sealed contract rule. On the contrary, the decision specifically distinguished the equitable principle applied in the case from the sealed contract rule. The decision provides the means for beneficiaries to enforce those agreements entered into by their trustees when those trustees have refused to do so. As this Court recognized in *Margolius*, *supra*, the case was one of a *cestui que* trust seeking to enforce a contract when the trustee had committed a breach of trust in refusing to do so. The decision is based on the law of trusts and not on the law of contract.

The appellant has argued that the decision in *Harmer* must, on a principled basis, lead to the corollary that beneficiaries or principals should be able to be sued in their own name. With respect, I disagree with this submission. I agree with Morden A.C.J.O. that it was essential to the reasoning in the *Harmer* decision that the contract was being enforced by the beneficiary in the name of the agent. The beneficiaries could not assert any rights that they had against the third parties to the contract directly. The equitable rule did not create any legal relationship between the beneficiary and the third party. Without such a legal relationship, the third party certainly cannot sue the beneficiary.

D. Does the Sealed Contract Rule Apply Where the Agent Is a Corporation?

The appellant submits that there is inconsistency amongst the provinces as to when the sealed contract rule applies. Some courts, it contends, have

demander l'exécution de l'accord selon sa teneur, c'est-à-dire en faveur du défendeur Armstrong, et non pas en faveur des bénéficiaires demandeurs. [Je souligne.]

Le lord juge Lawrence a également reconnu que le tribunal pouvait refuser d'ordonner l'exécution d'un contrat de cette façon s'il y avait un litige sur la question de savoir si des rapports fiduciaires existaient réellement entre la partie au contrat et le tiers bénéficiaire.

À mon avis, contrairement aux prétentions de l'appelante, l'arrêt *Harmer* ne crée pas une exception à la règle du contrat par acte scellé. Au contraire, cette décision a expressément fait une distinction entre le principe d'*equity* appliqué dans cette affaire et la règle du contrat par acte scellé. Cette décision donne au bénéficiaire d'un accord le moyen de le faire exécuter lorsque son fiduciaire refuse de le faire. Comme l'a reconnu notre Cour dans *Margolius*, précité, l'affaire *Harmer* concernait le bénéficiaire d'une fiducie qui sollicitait l'exécution d'un contrat parce que le fiduciaire avait manqué à son obligation à ce titre en refusant de le faire. *Harmer* est une affaire fondée sur le droit des fiducies et non sur le droit des contrats.

L'appelante a plaidé que l'affaire *Harmer* devait logiquement avoir comme corollaire que les bénéficiaires ou les mandants peuvent être poursuivis en leur propre nom. En toute déférence, je ne suis pas d'accord avec cet argument. Je partage l'avis du juge en chef adjoint Morden selon lequel un aspect essentiel du raisonnement suivi dans l'arrêt *Harmer* était le fait que le bénéficiaire demandait l'exécution du contrat au nom du mandataire. Les bénéficiaires ne pouvaient pas invoquer leurs droits directement contre les tiers au contrat. La règle d'*equity* n'a pas créé de rapports juridiques entre le bénéficiaire et le tiers. En l'absence de tels rapports, le tiers ne peut certes pas poursuivre le bénéficiaire.

D. La règle du contrat par acte scellé s'applique-t-elle lorsque le mandataire est une personne morale?

L'appelante affirme que la situation varie d'une province à l'autre quant à la question de savoir dans quels cas s'applique la règle du contrat par

29

30

31

declined to apply the rule to agreements under seal which are entered into by corporations, while other courts have found that there is no distinction, as to the application of the rule, between agents that are corporations and agents who are individuals. The appellant cites the decision of Bouck J. of the British Columbia Supreme Court in *Kootenay Savings Credit Union v. Toudy*, *supra*, as an example of a court's refusal to apply the rule to an agent that is a corporation and asks this Court to follow that decision.

acte scellé. Elle fait valoir que certains tribunaux ont refusé d'appliquer la règle aux accords par acte scellé conclus par des personnes morales tandis que d'autres ont jugé qu'il n'y avait aucune différence, pour l'application de la règle, entre les mandataires qui sont des personnes morales et les mandataires qui sont des personnes physiques. L'appelante cite la décision rendue par le juge Bouck, de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans l'affaire *Kootenay Savings Credit Union c. Toudy*, précitée, à titre d'exemple de refus d'un tribunal d'appliquer la règle à un mandataire qui est une personne morale, et elle demande à notre Cour de suivre cette décision.

32

The case involved a mortgage which had been granted by Kootenay Savings Credit Union to a holding company established by a group of individuals. The mortgage was executed under the seal of the holding company. The credit union had sought personal guarantees from each of the individuals, but because of the terms of the guarantees, it was only able to recover the amount of the principal of the loan from them as guarantors. When the holding company defaulted on the mortgage, therefore, the credit union sued the individuals as the undisclosed principals of the holding company.

Cette affaire portait sur une hypothèque qui avait été accordée par Kootenay Savings Credit Union à une société de gestion fondée par un groupe de particuliers. Le sceau de la société de gestion avait été apposé sur l'acte d'hypothèque. La coopérative de crédit de ceux-ci avait obtenu des garanties personnelles de la part de chacun des particuliers, mais en raison des modalités de ces garanties, elle n'a pu récupérer que le capital du prêt en leur qualité de garants. Par conséquent, lorsque la société de gestion a fait défaut de respecter l'acte d'hypothèque, la coopérative de crédit a poursuivi les particuliers en tant que mandants secrets de la société de gestion.

33

Bouck J. reviewed the authorities which had applied the sealed contract rule and found that, despite the fact that the rule appeared to be part of the law, it did not appear to be grounded in any good reason. He noted that none of the cases he had reviewed had applied the rule when a corporation had executed a document under seal on behalf of its undisclosed principals. Bouck J. noted that, at common law, a corporation could only be bound when it affixed its seal to an agreement, but that this rule had been modified by statute. Although the holding company was not required by the common law to affix its seal to the mortgage to enter into a valid contract, Bouck J. found that to register the mortgage as security for the loan in the land titles office, it had to be executed under seal pursuant to the *Property Law Act*, R.S.B.C. 1979, c. 340,

Le juge Bouck a examiné les décisions dans lesquelles la règle du contrat par acte scellé avait été appliquée et il a estimé que, malgré le fait que la règle paraissait faire partie du droit, elle ne semblait être fondée sur aucune bonne raison. Il a souligné que, dans aucune des décisions qu'il avait examinées, le tribunal n'avait appliqué la règle à un cas où une personne morale avait signé un document par acte scellé au nom de mandants secrets. Le juge Bouck a indiqué que, en common law, une personne morale ne pouvait être liée que lorsqu'elle avait apposé son sceau à un accord, mais que cette règle avait été modifiée par voie législative. Le juge Bouck a estimé que, quoique la société de gestion n'ait pas été tenue d'apposer son sceau à l'acte d'hypothèque pour conclure un contrat valide, il fallait que l'acte soit revêtu d'un

s. 16(2). The seal was thus mandated by statute. After reviewing the law and finding that the seal affixed to the mortgage was required by statute, Bouck J. made the following statement, at p. 207:

It is clear the personal defendants would be liable as undisclosed principals of LeRoi if the mortgage were simply executed by an authorized officer of LeRoi without affixing its seal. However, it is now said that because the seal of LeRoi was in fact stamped on the mortgage, that act relieved the personal defendants from liability. With respect, such a conclusion makes little sense. While this technical rule, which is peculiar to England, may also be part of Canadian law as it applies to individuals, I can see no good reason for extending its application to corporations, particularly since no higher authority compels that result.

Accordingly, I hold that where a corporation enters into a mortgage under seal on behalf of undisclosed principals, those undisclosed principals can sue and be sued by the other party to the mortgage.

Bouck J. thus allowed the credit union to recover from the undisclosed principals of the holding company.

With respect, to the extent that the decision of Bouck J. in *Kootenay* can be read as creating the principle that the sealed contract rule does not apply to agents that are corporations, I do not agree with it. To craft an exception to the sealed contract rule for corporations that act as agents for undisclosed principals would be contrary both to the decisions of other courts in Canada and to the law of business corporations in general. Subject to those exceptions set out by statute, a corporation has the same powers and capacities as a natural person: see, e.g., *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 15(1); *Ontario Business Corporations Act*, s. 15. The powers and capacities include the power to sue and be sued,

sceau pour que l'hypothèque puisse être enregistrée comme garantie de l'emprunt au bureau d'enregistrement des droits immobiliers, conformément au par. 16(2) de la *Property Law Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 340. La formalité du sceau était donc requise par un texte de loi. Après avoir examiné le droit applicable et décidé que le sceau dont était revêtu l'acte d'hypothèque était requis par le texte de loi, le juge Bouck a déclaré ce qui suit, à la p. 207:

[TRADUCTION] Il est clair que les particuliers défendeurs seraient responsables à titre de mandants secrets de LeRoi si l'acte d'hypothèque avait simplement été conclu par un représentant autorisé de LeRoi qui n'y aurait pas apposé son sceau. Toutefois, on prétend maintenant que, parce que le sceau de LeRoi a en fait été apposé sur l'acte d'hypothèque, les particuliers défendeurs sont de ce fait libérés de toute responsabilité. En toute déférence, une telle conclusion n'a pas beaucoup de sens. Bien que cette règle de forme, qui est propre à l'Angleterre, puisse également faire partie du droit canadien en ce qui a trait aux particuliers, je ne vois aucune bonne raison d'étendre son application aux personnes morales, d'autant plus qu'aucun précédent ne commande ce résultat.

Par conséquent, j'estime que, lorsqu'une personne morale conclut un acte d'hypothèque scellé au nom de mandants secrets, ces derniers peuvent poursuivre l'autre partie à l'acte et être poursuivis par elle.

Le juge Bouck a en conséquence autorisé la coopérative de crédit à recouvrer auprès des mandants secrets de la société de gestion la somme due.

En toute déférence, dans la mesure où la décision rendue par le juge Bouck dans *Kootenay* peut être considérée comme ayant pour effet d'établir le principe que la règle du contrat par acte scellé ne s'applique pas aux mandataires qui sont des personnes morales, je ne suis pas d'accord avec cette décision. Créer une exception à la règle du contrat par acte scellé pour les personnes morales qui agissent à titre de mandataires pour des mandants secrets serait contraire tant aux décisions d'autres tribunaux canadiens qu'au droit des sociétés par actions en général. Sous réserve des exceptions prévues par des textes de loi, les sociétés par actions ont les mêmes droits et la même capacité qu'une personne physique: voir, par exemple, la

and the power to contract: see, e.g., K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), at p. 204. I agree with Morden A.C.J.O. that since a corporation has all of the capacities and powers of a natural person, especially in relation to the law of contract, there is no principled basis upon which to treat corporations acting as agents for undisclosed principals differently than agents who are individuals.

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, par. 15(1); la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, art. 15. Ces droits et cette capacité comportent le pouvoir d'ester en justice et celui de contracter: voir, par exemple, K. P. McGuinness, *The Law and Practice of Canadian Business Corporations* (1999), à la p. 204. Je souscris à l'opinion du juge en chef adjoint Morden que, comme les personnes morales possèdent la même capacité et les mêmes pouvoirs qu'une personne physique, particulièrement en matière de droit des contrats, il n'y a aucune considération de principe justifiant de traiter les personnes morales qui agissent comme mandataires de mandants secrets différemment des mandataires qui sont des particuliers.

35

Other courts across Canada have recognized the application of the sealed contract rule to corporations that act on behalf of undisclosed principals. In *Marbar Holdings Ltd. v. 221,401 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169 (S.C.), Macdonell J. applied the sealed contract rule to bar an action against the undisclosed principals of a corporation on a document executed under the company's seal. In *Edelstein Construction*, *supra*, Morden A.C.J.O. recognized the authority of the sealed contract rule in the context of an agreement executed under seal by a corporate agent, although the case was decided on different grounds. Also, in *Tri-S Investments*, *supra*, Feldman J. applied the sealed contract rule in a case of a corporate agent as one ground of her decision. In light of these authorities, the decision in *Kootenay*, in so far as it stands for the proposition that a corporate agent may be sued or sue on a contract executed under seal, appears to be anomalous. In my view, the sealed contract rule applies equally to individual agents and corporate agents. To the extent that the *Kootenay* decision can be read to find otherwise, it should not be followed.

D'autres tribunaux canadiens ont reconnu que la règle du contrat par acte scellé s'applique aux personnes morales qui agissent pour le compte de mandants secrets. Dans *Marbar Holdings Ltd. c. 221,401 B.C. Ltd.* (1984), 54 B.C.L.R. 169 (C.S.), le juge Macdonell a appliqué cette règle pour déclarer irrecevable une action intentée contre les mandants secrets d'une personne morale en vertu d'un document revêtu du sceau de cette dernière. Dans *Edelstein Construction*, précité, le juge en chef adjoint Morden a reconnu l'application de la règle du contrat par acte scellé dans le contexte d'un accord conclu par acte scellé par une personne morale agissant comme mandataire, bien que l'affaire ait été décidée selon d'autres motifs. En outre, dans *Tri-S Investments*, précité, Madame le juge Feldman a invoqué, parmi ses motifs de décision, l'application de la règle du contrat par acte scellé dans le cas d'une personne morale agissant comme mandataire. À la lumière de ces décisions, dans la mesure où l'affaire *Kootenay* appuie la proposition qu'une personne morale mandataire peut ester en justice en vertu d'un contrat par acte scellé, elle apparaît mal fondée. J'estime que la règle du contrat par acte scellé s'applique tant aux particuliers agissant comme mandataires qu'aux personnes morales agissant comme tel. Dans la mesure où l'affaire *Kootenay* peut être considérée comme entraînant la conclusion inverse, elle ne doit pas être suivie.

While it is clear that the sealed contract rule applies to corporate agents, the attachment of a corporation's seal to an agreement may not be sufficient in all circumstances to constitute a sealed contract within the meaning of the sealed contract rule. As I stated above, historically, the act of sealing was a solemn act designed to impress upon the parties to the contract the significance of their obligations. As a result, different legal obligations flowed from sealed instruments than from simple contracts. Today, while the creation of a sealed instrument no longer requires a waxed impression, there are still formalities which must be observed. At common law, a sealed instrument, such as a deed or a specialty, must be signed, sealed and delivered. The mere inclusion of these three words is not sufficient, and some indication of a seal is required: see, e.g., *872899 Ontario Inc. v. Iacovoni* (1998), 163 D.L.R. (4th) 263 (Ont. C.A.). To create a sealed instrument, the application of the seal must be a conscious and deliberate act. At common law, then, the relevant question is whether the party intended to create an instrument under seal.

Corporate seals have a different legal effect than the seal of an individual. The seal of a corporation, in many circumstances, is equivalent to the signature of a natural person: see, e.g., *Re Lawton*, [1944] 3 D.L.R. 51 (Man. K.B.), at p. 56, aff'd [1945] 4 D.L.R. 8 (Man. C.A.); *Newfoundland & Labrador Housing Corp. v. Suburban Construction Ltd.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 150 (Nfld. C.A.), at p. 152; *Alton Renaissance I v. Talamanca Management Ltd.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 307 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 312. Therefore, the affixing of a corporate seal may not in all cases be evidence of an intention to create a sealed instrument, within the meaning of the sealed contract rule. I agree with the reasoning of Morgan J.A. in *Newfoundland & Labrador Housing Corp.*, *supra*, who described the effect of a corporate seal as follows, at p. 152:

Bien qu'il soit clair que la règle du contrat par acte scellé s'applique aux personnes morales agissant comme mandataires, l'apposition du sceau d'une personne morale sur un accord peut ne pas suffire dans tous les cas pour faire de cet accord un contrat scellé au sens de la règle du contrat par acte scellé. Comme je l'ai mentionné plus tôt, l'apposition du sceau était historiquement un acte solennel visant à souligner aux parties au contrat l'importance de leurs obligations. Par conséquent, les obligations juridiques découlant des actes scellés différaient de celles qui découlaient des contrats nus. Aujourd'hui, quoique l'établissement d'un acte scellé n'exige plus l'application du sceau sur de la cire, certaines formalités doivent encore être observées. En common law, un acte scellé — tel un acte de vente ou un contrat formaliste — doit être signé, scellé et délivré. La seule présence de ces trois mots ne suffit pas, il doit y avoir un sceau quelconque: voir, par exemple, *872899 Ontario Inc. c. Iacovoni* (1998), 163 D.L.R. (4th) 263 (C.A. Ont.). Pour qu'un acte scellé soit créé, l'application du sceau doit être faite de propos délibéré et en pleine connaissance de cause. Il s'ensuit donc que, en common law, la question pertinente est de savoir si la partie avait l'intention de créer un acte scellé.

Les sceaux des personnes morales ont un effet juridique différent de celui des sceaux des particuliers. Dans bien des cas, le sceau d'une personne morale équivaut à la signature d'une personne physique; voir, par exemple, *Re Lawton*, [1944] 3 D.L.R. 51 (B.R. Man.), à la p. 56, conf. par [1945] 4 D.L.R. 8 (C.A. Man.); *Newfoundland & Labrador Housing Corp. c. Suburban Construction Ltd.* (1987), 38 D.L.R. (4th) 150 (C.A.T.-N.), à la p. 152; *Alton Renaissance I c. Talamanca Management Ltd.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 307 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 312. Par conséquent, il est possible que l'apposition du sceau d'une personne morale n'indique pas toujours l'intention de créer un acte scellé au sens de la règle du contrat par acte scellé. Je suis d'accord avec le raisonnement suivi par le juge Morgan, de la Cour d'appel, dans l'arrêt *Newfoundland & Labrador Housing Corp.*, précité, qui a décrit ainsi l'effet du sceau d'une personne morale, à la p. 152:

... not every document signed by a corporation by the affixing its corporate seal would become a specialty. When the seal of a corporation is affixed to a contract made by the corporation it has the same effect as the signature of an individual. However, any contract which, if made between private persons would by law be required to be under seal, may be made on behalf of a company in writing under its common seal. Whether what would ordinarily be a simple contract is transformed into a contract by specialty by execution under seal can only be determined having regard to the intention of the parties as evidenced and the true construction of the document in question.

In my view, a corporation is certainly capable of creating a sealed instrument and availing itself of the different incidents which flow from such an agreement. However, the attachment of its corporate seal, on its own, may not be sufficient to do so. Courts must examine the instrument itself and the circumstances surrounding its creation to determine whether the corporation intended to create a sealed instrument by affixing its corporate seal.

[TRADUCTION] ... ce ne sont pas tous les documents signés par une personne morale au moyen de son sceau qui deviennent des contrats par acte scellé. Lorsque le sceau d'une personne morale est apposé à un contrat conclu par elle, cette mesure a le même effet que la signature d'un particulier. Toutefois, tout contrat qui, s'il était conclu par des particuliers, devrait aux termes de la loi être revêtu d'un sceau, peut être conclu par écrit au nom d'une personne morale en y apposant le sceau ordinaire de celle-ci. La question de savoir si ce qui constituerait normalement un contrat nu devient un contrat formaliste par l'apposition d'un sceau ne peut être tranchée qu'à la lumière de l'intention des parties, révélée par la preuve, et de l'interprétation juste du document en question.

À mon avis, une personne morale est certes capable de créer un acte scellé et de se prévaloir des différents effets découlant d'un tel accord. Le seul fait de l'apposition de son sceau peut cependant ne pas être suffisant pour produire ce résultat. Les tribunaux doivent examiner l'acte lui-même et les circonstances de sa création pour déterminer si la personne morale avait l'intention de créer un acte scellé en y apposant son sceau.

38

While I have stated above that evidence of an intention to create a sealed instrument is necessary when a corporate seal is affixed to a contract, I emphasize that this is a principle which operates at common law. Statutory provisions may have the effect of rendering a corporation's intention to create a sealed contract irrelevant. I agree with Morden A.C.J.O. that s. 13(1) of the *Land Registration Reform Act* ("LRRRA") renders the intention to create a sealed instrument irrelevant. The subsection reads:

13. — (1) Despite any statute or rule of law, a transfer or other document transferring an interest in land, a charge or discharge need not be executed under seal by any person, and such a document that is not executed under seal has the same effect for all purposes as if executed under seal.

The intention of this provision goes beyond setting the procedural requirements for the registration of conveyances and mortgages. The words "for all purposes" have the effect of making all documents

Quoique j'aie indiqué précédemment qu'il faut apporter la preuve de l'intention de créer un acte scellé lorsque le sceau d'une société est apposé sur un contrat, je souligne qu'il s'agit d'un principe de common law. Des dispositions législatives peuvent avoir pour effet d'enlever toute pertinence à la question de savoir si une société par actions avait l'intention ou non de créer un contrat par acte scellé. Je partage l'avis du juge en chef adjoint Morden que le par. 13(1) de la Loi de 1984 rend non pertinente l'intention de créer un acte scellé. Ce paragraphe est ainsi rédigé:

13. — (1) Despite any statute or rule of law, a transfer or other document transferring an interest in land, a charge or discharge need not be executed under seal by any person, and such a document that is not executed under seal has the same effect for all purposes as if executed under seal.

Cette disposition ne se limite pas à établir les exigences procédurales applicables à l'enregistrement des actes de cession et d'hypothèque. Les mots «for all purposes» figurant dans le texte anglais

transferring an interest in land, and charges or discharges, sealed instruments for all purposes, including the application of the sealed contract rule. I agree with Morden A.C.J.O. that the purpose of the subsection is to preserve the common law substantive consequences associated with traditional forms of conveyancing and mortgages. As a result, the provision has the effect of deeming all of the interests within its scope to have the same legal effects as if they were executed under seal. In circumstances where s. 13(1) of the *LRR* governs, the intention to create a sealed instrument is thus irrelevant.

To summarize, as a general rule, an undisclosed principal may sue or be sued on a simple contract entered into on his or her behalf by an agent. There is a well-established exception to this rule that when such a contract is executed under seal, the undisclosed principal can neither sue nor be sued upon it. The exception stems from the rule that only parties to a sealed instrument may have obligations and rights under it. That rule operates within a system of rules relating to sealed instruments, all of which are derived from the fact that a sealed instrument is enforceable by virtue of the form of the instrument itself. The equitable principle described in *Harmer v. Armstrong, supra*, may enable an undisclosed principal to recover on a contract made for his or her benefit when the agent refuses to do so. The rights enforced in such a situation are the rights of the agent; there is no direct legal relationship created between the third party and the undisclosed principal. As a result, there is no corresponding right for a third party to sue a beneficiary on a contract under seal. The sealed contract rule clearly applies to corporate agents, although the intention of the corporation to create a sealed instrument must be evident from the construction of the instrument itself and the circumstances surrounding its creation before the rule will be applied. The intention to create or not to create a sealed instrument will not be relevant if a statutory provision has the effect of deeming the instrument to have all of the effects of an instrument under seal.

ont pour effet de considérer les documents cédant un droit sur un bien-fonds, les charges et les mainlevées comme étant des actes scellés à tous égards, y compris pour l'application de la règle du contrat par acte scellé. Je partage l'avis du juge en chef adjoint Morden que ce paragraphe a pour objet de préserver les effets substantiels que rattache la common law aux formes traditionnelles d'actes de cession et d'hypothèque. Par conséquent, tous les droits visés par cette disposition sont réputés par celle-ci produire les mêmes effets juridiques que s'ils étaient constatés dans un acte revêtu d'un sceau. Dans les cas où le par. 13(1) de la Loi de 1984 s'applique, l'intention de créer un acte scellé n'est donc pas un facteur pertinent.

En résumé, un mandant secret peut en règle générale ester en justice en vertu d'un contrat nu conclu en son nom par un mandataire. Cette règle est assortie d'une exception bien établie, savoir que lorsque le contrat est revêtu d'un sceau, le mandant secret ne peut ni poursuivre ni être poursuivi en vertu de celui-ci. Cette exception découle de la règle selon laquelle seules les parties à un acte scellé peuvent avoir des droits et obligations en vertu de cet acte. Cette règle s'inscrit dans un ensemble de règles relatives aux actes scellés, lesquelles reposent toutes sur le fait qu'un acte scellé est exécutoire de par sa forme même. Suivant le principe d'*equity* exposé dans *Harmer c. Armstrong*, précité, un mandant secret peut exercer un recours fondé sur un contrat conclu pour son compte lorsque le mandataire refuse de le faire. Les droits alors exercés sont ceux du mandataire; aucun rapport juridique direct n'a été créé entre le tiers et le mandant secret. Par conséquent, le tiers n'a pas le droit corrélatif de poursuivre le bénéficiaire d'un contrat par acte scellé. La règle du contrat par acte scellé s'applique clairement aux sociétés agissant comme mandataires, bien que, pour que la règle s'applique, l'intention de la société de créer un acte scellé doit ressortir de façon évidente de l'interprétation de l'acte lui-même et des circonstances de sa création. L'intention de créer ou de ne pas créer un acte scellé n'est pas un facteur pertinent si une disposition législative donne à l'instrument en cause tous les effets d'un acte scellé.

VI. Should the Sealed Contract Rule Be Abolished?

40

As is evident from the foregoing analysis, the internal inconsistencies of the sealed contract rule and the inconsistencies in its application are not as glaring as the appellant has argued. However, these inconsistencies are not the only grounds upon which it has based its claim that the sealed contract rule should be abolished. The appellant also asks that this Court abolish the rule because it lacks a present principled justification because the rule is no longer applicable in some other jurisdictions, and because of the force of criticism by academics and some courts.

41

To support its claim that the rule has no present principled justification, the appellant cites the following statement of Baron Martin in *Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co. v. Hawkins* (1865), 3 H. & C. 677, 159 E.R. 698, at p. 703 E.R.:

[The sealed contract] rule is one which is established by authority and precedent, which does not depend upon reasoning or argument, but is a fixed established rule to be acted upon and only discussed as regards its application. . . .

The appellant also refers to Laskin J.A.'s invitation to this Court to abolish the rule in *Re Zamikoff v. Lundy, supra*. The appellant submits that some academics have criticized the rule as "anomalous" and as taking the doctrine of privity to "extreme lengths", while others see no particular reason why the rule should continue to exist: see, e.g., S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th ed. 1999), at para. 268 (n. 40); G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4th ed. 1999), at p. 197; W. A. Seavy, "The Rationale of Agency" (1920), 29 *Yale L.J.* 859, at p. 880. The appellant submits that, in response to these criticisms, the abolition of the sealed contract rule is appropriate.

42

Before examining whether the criticisms raised above merit the abolition of the sealed contract

VI. La règle du contrat par acte scellé devrait-elle être abolie?

Comme l'indique clairement l'analyse qui précède, les incohérences intrinsèques de la règle du contrat par acte scellé et son application incohérente ne sont pas aussi frappantes que le prétend l'appelante. Toutefois, ces incohérences ne sont pas les seuls motifs sur lesquels l'appelante a fondé sa prétention que la règle du contrat par acte scellé devrait être abolie. En effet, l'appelante demande également à notre Cour d'abolir cette règle parce qu'elle ne serait plus justifiée aujourd'hui, parce qu'elle n'est plus applicable dans certains ressorts et parce qu'elle est vigoureusement critiquée par certains auteurs et par certains tribunaux.

À l'appui de sa prétention que la règle n'a plus de justification rationnelle aujourd'hui, l'appelante cite les propos suivants du baron Martin dans *Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co. c. Hawkins* (1865), 3 H. & C. 677, 159 E.R. 698, à la p. 703 E.R.:

[TRADUCTION] La règle [du contrat par acte scellé] a été établie par voie jurisprudentielle et n'est pas tributaire de raisonnement ou d'arguments, mais elle constitue plutôt une règle fixe et établie, qui doit être suivie et dont seule l'application peut être débattue . . .

L'appelante mentionne également l'invitation à abolir la règle qui a été faite à notre Cour dans *Re Zamikoff c. Lundy*, précité, par le juge Laskin de la Cour d'appel. L'appelante fait valoir que certains auteurs ont critiqué la règle, lui reprochant d'être une [TRADUCTION] «anomalie» et de pousser à «l'extrême» le principe de la relativité des contrats, alors que d'autres ne voient aucune raison particulière justifiant son maintien: voir, par exemple, S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4^e éd. 1999), au par. 268 (n. 40); G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (4^e éd. 1999), à la p. 197; W. A. Seavy «The Rationale of Agency» (1920), 29 *Yale L.J.* 859, à la p. 880. L'appelante plaide que, à la lumière de ces critiques, il est opportun d'abolir la règle du contrat par acte scellé.

Avant de se demander si les critiques susmentionnées justifient l'abolition de la règle du contrat

rule, it is necessary to understand the principles which govern judicial reform of the common law. In the past, this Court has considered the conditions which must be present to effect a change in the common law in several cases: see, e.g., *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Robinson*, [1996] 1 S.C.R. 683; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. From these cases, some general principles have emerged. A change in the common law must be necessary to keep the common law in step with the evolution of society (see, e.g., *Salituro*, at p. 670; *Bow Valley*, at para. 93), to clarify a legal principle (see *Vetrovec*, at p. 819), or to resolve an inconsistency (see *Jobidon*, at p. 733). In addition, the change should be incremental, and its consequences must be capable of assessment.

In the recent case of *Robinson*, Lamer C.J., for a majority of the Court, relied on five factors to justify the reversal of an earlier decision of the Court in *MacAskill v. The King*, [1931] S.C.R. 330. These factors were the existence of previous dissenting opinions in this Court, a trend in the provincial appellate courts to depart from the principles adopted in the original decision, criticism of the case or the adoption of a contrary rule in other jurisdictions, doctrinal criticism of the case and its foundations, and inconsistency of the case with other decisions. While they are not prerequisites for a change in the common law, these factors help to identify compelling reasons for reform. On the other hand, courts will not intervene where the proposed change will have complex and far-reaching effects, setting the law on an unknown course whose ramifications cannot be accurately measured: see *Bow Valley*, *supra*, at para. 93. The rationale for judicial restraint in making changes to the common law was expressed by McLachlin J.

par acte scellé, il est nécessaire de bien comprendre les principes régissant la modification de la common law par les tribunaux. Par le passé, notre Cour a examiné, dans plusieurs arrêts, les conditions qui doivent être réunies pour modifier la common law: voir, par exemple, *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *Watkins c. Olafson*, [1989] 2 R.C.S. 750; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. Robinson*, [1996] 1 R.C.S. 683; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210. Certains principes généraux se dégagent de ces arrêts. Une modification de la common law doit être nécessaire soit pour permettre à celle-ci de suivre l'évolution de la société (voir, par exemple, *Salituro*, à la p. 670; *Bow Valley*, au par. 93), soit pour préciser un principe de droit (voir *Vetrovec*, à la p. 819), ou encore pour éliminer une contradiction (voir *Jobidon*, à la p. 733). En outre, la modification doit être graduelle et ses conséquences doivent pouvoir être évaluées.

Récemment, dans l'affaire *Robinson*, le juge en chef Lamer, s'exprimant au nom des juges majoritaires de notre Cour, s'est fondé sur cinq facteurs pour justifier la décision d'écarter l'arrêt antérieur de notre Cour *MacAskill c. The King*, [1931] R.C.S. 330. Ces facteurs étaient l'existence d'opinions dissidentes exprimées antérieurement au sein de notre Cour, la constatation d'une tendance parmi les cours d'appel provinciales à s'écarter des principes adoptés dans l'arrêt en question, les critiques formulées à l'égard de cet arrêt ou l'adoption d'une règle contraire dans d'autres pays, la critique de cet arrêt et de ses fondements dans la doctrine, ainsi que l'incompatibilité de cet arrêt avec d'autres décisions. Bien que ces facteurs ne soient pas des préalables à la modification de la common law, ils permettent néanmoins de constater l'existence de motifs de réforme convaincants. Par ailleurs, les tribunaux n'interviendront pas lorsque la modification proposée aurait des effets complexes et d'une grande portée, qui placeraient le droit sur une trajectoire inconnue dont les conséquences ne peuvent pas être mesurées avec précision: voir *Bow Valley*, au par. 93. La raison de la retenue manifestée par les tribunaux en matière de

(as she then was) in *Watkins, supra*, as follows, at p. 760:

The court may not be in the best position to assess the deficiencies of the existing law, much less problems which may be associated with the changes it might make. The court has before it a single case; major changes in the law should be predicated on a wider view of how the rule will operate in the broad generality of cases. Moreover, the court may not be in a position to appreciate fully the economic and policy issues underlying the choice it is asked to make.

I will now examine whether there are compelling reasons for the abolition of the sealed contract rule.

44

As the foregoing analysis has demonstrated, there is no conflicting appellate authority as to the application of the sealed contract rule in Canada. The decision in *Kootenay* appears to be the only inconsistent application of the rule and should not be followed. A number of American states have abolished the sealed contract rule, although most appear to have done so by legislation rather than judicial reform. In England, commentators have confirmed the continued force of the rule: see *Bowstead and Reynolds on Agency* (16th ed. 1996), at p. 426; *Halsbury's Laws of England, supra*, at para. 617. Thus it does not appear that the existence of the sealed contract rule in the common law in Canada is out of step with the developments in the common law in other jurisdictions. The rule does appear to form an exception to the general trend in agency law to make principals liable on those contracts which are entered into on their behalf. However, the rule is also consistent with the system of rules which apply to sealed instruments.

45

One might argue, however, that the practice of sealing documents, and hence the incidents thereof, are now out of step with the fabric of society. Indeed, many of the critiques of the use of the

modification de la common law a été exposée ainsi par le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada) dans l'arrêt *Watkins*, précité, à la p. 760:

Une cour de justice n'est peut-être pas l'organisme le mieux placé pour déterminer les lacunes du droit actuel et encore moins les problèmes que pourraient susciter les modifications qu'elle pourrait apporter. La cour de justice est saisie d'un cas particulier; les changements importants du droit doivent se fonder sur une perception plus générale de la façon dont la règle s'appliquera à la grande majorité des cas. De plus, une cour de justice peut ne pas être en mesure d'évaluer pleinement les questions économiques et de principe qui sous-tendent le choix qu'on lui demande de faire.

J'aborde maintenant la question de savoir s'il y a des motifs convaincants pour abolir de la règle du contrat par acte scellé.

Comme l'a démontré l'analyse qui précède, les arrêts des cours d'appel canadiennes ne se contredisent pas quant à l'application de la règle du contrat par acte scellé. L'affaire *Kootenay* semble être la seule application incohérente de la règle et ne doit pas être suivie. Un certain nombre d'États américains ont aboli la règle du contrat par acte scellé, quoique dans la plupart des cas l'abolition semble être survenue par voie législative plutôt que par voie judiciaire. En Angleterre, des commentateurs ont confirmé le maintien de l'application de la règle: voir *Bowstead and Reynolds on Agency* (16^e éd. 1996), à la p. 426; *Halsbury's Laws of England, op. cit.*, au par. 617. Il ne semble donc pas que, du fait de l'existence de la règle du contrat par acte scellé dans la common law canadienne, notre common law n'ait pas suivi l'évolution de la common law dans d'autres pays. La règle paraît constituer une exception à la tendance générale observée en droit du mandat qui consiste à considérer les mandants responsables à l'égard des contrats conclus en leur nom. Cependant, la règle est également compatible avec l'ensemble des règles qui s'appliquent aux actes scellés.

Il serait toutefois possible de prétendre que la pratique qui consiste à revêtir des documents d'un sceau et, par conséquent, les effets de cette pratique ne correspondent plus aux réalités de la

seal state that it is anachronistic. Scarcely anyone in society today would agree that the affixation of a seal is evidence of the greater solemnity and force of a promise. While the rationale for sealing a document may appear to be no longer socially relevant, it is not evident that the rules relating to sealed documents fall victim to the same critique.

While our common law rules must be in step with the evolution of society as a whole, when examining a proposed change to a rule of property or contract law, we must also examine whether the rule is consistent or inconsistent with commercial reality. A rule may have a rationale which appears to be anachronistic while continuing to serve a useful commercial purpose. Our common law is replete with artificial rules which, although they may appear to have no underlying rationale, promote efficiency or security in commercial transactions. Such rules, in the circumstances where they apply, must be followed to create a legally recognized and enforceable right or obligation. Parties, therefore, structure their relations with these rules in mind and the rules themselves become part of commercial reality. Commercial relations may evolve in such a way that a particular rule may become unjust and cumbersome, and may no longer serve its original purpose. When the hardship which a rule causes becomes so acute and widespread that it outweighs any purpose that it may have once served, it is certainly open to a court to make an incremental change in the law. However, there must be evidence of a change in commercial reality which makes such a change in the common law necessary.

The seal continues to serve a useful purpose in our law. It allows a promise to be enforced without evidence of consideration and, more importantly in the context of this case, grants parties to a contract

société moderne. D'ailleurs, bon nombre de ceux qui critiquent l'utilisation du sceau affirment que celui-ci est un anachronisme. Pratiquement personne aujourd'hui ne viendrait dire que le fait qu'un document constatant une promesse soit revêtu d'un sceau confère à celle-ci plus de force et un caractère solennel plus grand. Bien que le fondement de l'apposition d'un sceau sur un document puisse sembler avoir perdu sa pertinence sociale, il n'est pas évident que la même critique puisse être formulée à l'égard des règles relatives aux actes scellés.

Bien que nos règles de common law doivent suivre l'évolution de la société dans son ensemble, il faut, dans l'examen d'une modification proposée à une règle relevant du droit des biens ou du droit des contrats, se demander également si la règle est compatible ou non avec les réalités du commerce. Quoique la raison d'être d'une règle puisse sembler dépassée, cette règle peut néanmoins continuer d'être utile en matière commerciale. Notre common law renferme de nombreuses règles artificielles qui, bien qu'en apparence dépourvues de justification, favorisent néanmoins l'efficacité et la sécurité des opérations commerciales. Dans les cas où elles s'appliquent, ces règles doivent être suivies pour créer un droit ou une obligation qui soit légalement reconnu et susceptible d'exécution. Les parties organisent donc leurs relations en tenant compte de ces règles, qui deviennent partie intégrante des réalités du commerce. Il est possible que le commerce évolue d'une manière telle qu'une règle donnée devienne lourde et injuste et ne serve plus son objectif initial. Lorsque les difficultés causées par une règle deviennent à ce point graves et généralisées que celle-ci ne sert plus du tout la fin pour laquelle elle existait, il est certes loisible aux tribunaux d'apporter une modification graduelle au droit. Toutefois, il faut alors que preuve soit faite de l'existence d'une évolution des réalités commerciales rendant nécessaire une telle modification de la common law.

Le sceau continue de servir une fin utile dans notre droit. Il permet qu'une promesse soit exécutée en l'absence de preuve de contrepartie et, facteur plus important dans le contexte de la présente

a simple means of ensuring that they will not be liable to anyone but the parties named therein. In my view, there is no evidence that there has been any change in commercial reality which would warrant the abolition of the sealed contract rule. The rule has been an accepted part of the common law in Canada since at least 1903. Presumably, parties have been aware of the rule and have structured their transactions accordingly. The appellant has not shown the Court that the rule has caused any inconvenience in commercial transactions, nor that it has caused any great hardship. It has shown only that the rule might operate to its detriment in this particular case. In this light, the following caution from B. N. Cardozo (later Justice of the U.S. Supreme Court) in *The Paradoxes of Legal Science* (1928), at p. 68, is particularly apposite:

Every system of law has within it artificial devices which are deemed in the main and on the average to promote convenience or security or other forms of public good. These devices take the shape of rules or standards to which the individual though he be careless or ignorant, must at his peril conform. If they were to be abandoned by the law whenever they had been disregarded by the litigant affected, there would be no sense in making them.

48

Notwithstanding my view that there has been no change in commercial reality which makes the abolition of the sealed contract rule necessary, to effect such a change could also have unwarranted, far-reaching and complex consequences both in the law of contract and in the law of property. As I have stated above, the sealed contract rule exists within a system of rules which relate to sealed instruments. Many of these incidents of the seal stem from the historic view of sealed contracts, namely that they were enforceable by virtue of the form of the instrument. It is for this reason, for example, that today a contract under seal does not require consideration. In my view, to abolish one of the rules within this system because there no longer appears to be a rationale for it would necessarily call into question the validity of the other rules. For example, were this Court to abolish the

affaire, il donne aux parties à un contrat un moyen simple de s'assurer qu'elles n'engagent leur responsabilité qu'envers les parties qui y sont nommément désignées. À mon avis, il n'y a aucune preuve indiquant qu'il serait survenu quelque changement aux réalités du commerce qui justifierait l'abolition de la règle du contrat par acte scellé. Cette règle est considérée comme une partie intégrante de la common law canadienne depuis au moins 1903. Il faut présumer que les parties connaissent la règle et ont structuré leurs opérations en conséquence. L'appelante n'a pas démontré à notre Cour que la règle avait nui à des opérations commerciales ni qu'elle avait causé de grandes difficultés. Elle a seulement établi que l'application de la règle pourrait lui être défavorable dans le présent cas. Dans ce contexte, la mise en garde suivante, faite par B. N. Cardozo (plus tard juge de la Cour suprême des États-Unis) dans *The Paradoxes of Legal Science* (1928), à la p. 68, est particulièrement à propos:

[TRADUCTION] Chaque système de droit comporte des mécanismes artificiels visant généralement à favoriser la commodité, la sécurité ou un autre bienfait commun. Ces mécanismes prennent la forme de règles et de normes auxquelles l'individu, qu'il soit négligent ou ignorant, doit se conformer sous peine de sanctions. Si ces règles et ces normes devaient être écartées par le droit chaque fois qu'elles ne sont pas respectées par le plaideur concerné, il ne servirait à rien de les adopter.

Indépendamment de mon opinion selon laquelle il n'est survenu dans les réalités du commerce aucun changement rendant nécessaire l'abolition de la règle du contrat par acte scellé, une modification de cette nature pourrait avoir des effets injustifiés, complexes et d'une grande portée tant en droit des contrats qu'en droit des biens. Comme je l'ai mentionné plus tôt, la règle du contrat par acte scellé s'inscrit dans un ensemble de règles relatives aux actes scellés. Nombre des effets du sceau découlent de la façon traditionnelle de considérer des contrats par acte scellé, savoir qu'ils étaient exécutoires de par la forme même de l'instrument. Voilà pourquoi, par exemple, un contrat par acte scellé n'exige plus aujourd'hui l'existence d'une contrepartie. J'estime que l'abolition de l'une des règles de l'ensemble évoqué plus haut parce qu'elle ne paraît plus avoir de raison d'être remet-

rule that only the parties to a sealed contract can sue or be sued on such a contract, on the ground that it does not appear to have a rationale, the enforceability of a sealed contract without consideration could certainly be questioned for the same reason. The abolition of the sealed contract rule would thus amount to a fundamental reform of the common law rather than an incremental change.

To abolish the sealed contract rule for the reasons that the appellant has suggested would also have the effect of creating great uncertainty both in commercial relations and in the law itself. There are many rules in contract and property law which are historical, technical and which no longer appear to have any modern day rationale. However, they remain a part of the law. For example, an *inter vivos* gift is not valid until it is delivered. In my view, to abolish the sealed contract rule on the ground that it is technical and anachronistic could have the effect of creating uncertainty as to the validity of these other technical rules which do not appear to have a modern day rationale.

While a contract for personal property or personal obligations may be executed without a seal as long as there is valid consideration, in Ontario the conveyance of an estate in real property must be executed by deed: see, e.g., *Anger and Honsberger: Law of Real Property* (2nd ed. 1985), vol. 2, at p. 1263; *Conveyancing and Law of Property Act*, R.S.O. 1990, c. C.34, ss. 2, 3 and 9; *Statute of Frauds*, R.S.O. 1990, c. S.19, s. 2. The formal requirement that such deeds be executed under seal has been eliminated by legislation in Ontario: see, e.g., *Land Titles Act*, R.S.O. 1990, c. L.5, s. 79(1); *LRRRA*, s. 13. However, as the foregoing analysis shows, such conveyances are deemed to be specialty contracts to which the sealed contract rule would apply. The sealed contract rule, therefore, applies in the majority of property law transactions. Certainty in real property transactions is

trait nécessairement en cause la validité des autres règles. Par exemple, si notre Cour abolissait la règle selon laquelle seules les parties à un contrat par acte scellé peuvent ester en justice en vertu d'un tel contrat parce que cette règle ne paraît pas avoir de raison d'être, le caractère exécutoire d'un contrat par acte scellé ne comportant aucune contrepartie pourrait certainement être remis en cause pour le même motif. L'abolition de la règle du contrat par acte scellé équivaldrait donc à une réforme en profondeur de la common law plutôt qu'à une modification graduelle.

Abolir la règle du contrat par acte scellé pour les motifs invoqués par l'appelante aurait aussi pour effet de créer une grande incertitude dans les relations commerciales et dans le droit lui-même. Le droit des contrats et le droit des biens comportent de nombreuses règles historiques et formalistes, qui paraissent ne plus avoir de raison d'être aujourd'hui. Toutefois, elles continuent de faire partie du droit. Par exemple, une donation entre vifs n'est pas valide tant que l'objet de la donation n'a pas été remis. À mon avis, l'abolition de la règle du contrat par acte scellé parce qu'elle est formaliste et qu'elle constitue un anachronisme pourrait avoir pour effet de créer de l'incertitude quant à la validité des autres règles de forme qui ne paraissent plus avoir de raison d'être de nos jours.

Bien qu'un contrat portant sur des biens personnels ou des obligations personnelles puisse être conclu en l'absence de sceau dans la mesure où il y a une contrepartie valable, le transport d'un bien immobilier doit être fait au moyen d'un acte scellé en Ontario: voir, par exemple, *Anger and Honsberger: Law of Real Property* (2^e éd. 1985), vol. 2, à la p. 1263; *Loi sur les actes translatifs de propriété et le droit des biens*, L.R.O. 1990, ch. C.34, art. 2, 3 et 9; *Loi relative aux preuves littérales*, L.R.O. 1990, ch. S.19, art. 2. La formalité exigeant que de tels actes soient revêtus d'un sceau a été abolie par voie législative en Ontario: voir, par exemple, *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1990, ch. L.5, par. 79(1); *Loi de 1984*, art. 13. Cependant, comme l'analyse qui précède le démontre, de tels transports sont réputés être des contrats formalistes auxquels s'applique la

essential. Parties and solicitors must be able to rely upon the title documents and to be secure in knowing that the terms of a deed which is registered are conclusive both as to the parties and as to their rights and liabilities. To abolish the sealed contract rule would no longer allow them to do so, by making it possible for parties not appearing on the face of the deed to have rights and obligations under it.

règle du contrat par acte scellé. Cette règle s'applique donc à la plupart des opérations immobilières. La certitude est essentielle dans ce genre d'opérations. Les parties et les avocats doivent être en mesure de se fier aux documents constatant le titre de propriété et être certains que les conditions d'un acte enregistré sont déterminantes tant en ce qui concerne l'identité des parties qu'en ce qui concerne leurs droits et obligations. L'abolition de la règle du contrat par acte scellé ne permettrait plus à ces personnes de se fier à ces actes, du fait qu'il serait alors possible à des parties non mentionnées dans l'acte d'avoir des droits et des obligations en vertu de celui-ci.

51 The abolition of the sealed contract rule could also have far-reaching effects on existing contractual relationships. The sealed contract rule has provided a valid means for undisclosed principals to avoid personal liability and has most probably been invoked in transaction after transaction. To abolish the rule could expose such undisclosed principals to potential liability for as long as twenty years. In the United States, some of the courts that were asked to abolish the sealed contract rule refused to do so for this very reason. For example, in *Crowley v. Lewis*, 146 N.E. 374 (1925), the Court of Appeals of New York found that it was not at liberty to change the sealed contract rule, which was so well understood and so often enforced. Andrews J. stated as follows, at p. 374:

Thousands of sealed instruments must have been executed in reliance upon the authority of *Briggs v. Partridge*. Many times the seal must have been used for the express purpose of relieving the undisclosed principal from personal liability. It may not be unwise to preserve the distinction for this especial purpose. But whether wise or unwise the distinction now exists.

Similar reasoning led both the District Court of Appeal of Florida in *McMullen v. McMullen*, 145 So.2d 568 (1962), and the Supreme Court of Pennsylvania in *Toll v. Pioneer Sample Book Co.*, 94 A.2d 764 (1953), to conclude that the sealed contract rule should not be abolished. I agree with

L'abolition de la règle du contrat par acte scellé pourrait également avoir des effets d'une grande portée sur les relations contractuelles existantes. Cette règle est un moyen valide permettant aux mandants secrets d'éviter d'engager leur responsabilité personnelle, et elle a tout vraisemblablement été invoquée dans une multitude d'opérations. Si la règle était abolie, les mandants secrets pourraient être exposés, pendant des périodes pouvant aller jusqu'à vingt ans, au risque que leur responsabilité soit engagée. Aux États-Unis, certains tribunaux auxquels on avait demandé d'abolir la règle du contrat par acte scellé ont refusé de le faire, précisément pour ce motif. Par exemple, dans *Crowley c. Lewis*, 146 N.E. 374 (1925), la Cour d'appel de New York a jugé qu'il ne lui était pas loisible de modifier la règle du contrat scellé, qui était très bien comprise et souvent appliquée. Le juge Andrews s'est exprimé ainsi, à la p. 374:

[TRADUCTION] Des milliers d'actes scellés doivent avoir été conclus sur le fondement de *Briggs c. Partridge*. À de nombreuses reprises, le sceau a sûrement été utilisé dans le but exprès de protéger le mandant secret contre la responsabilité personnelle. Ce n'est peut-être pas une mauvaise idée de préserver la distinction à cette fin particulière. Mais qu'il soit sage ou non de le faire, la distinction existe actuellement.

Un raisonnement semblable a amené la Cour d'appel de district de la Floride dans *McMullen c. McMullen*, 145 So.2d 568 (1962), et la Cour suprême de la Pennsylvanie dans *Toll c. Pioneer Sample Book Co.*, 94 A.2d 764 (1953), à juger que la règle du contrat par acte scellé ne devait pas

the reasoning of these three decisions. The abolition of the sealed contract rule would have the unfair result of creating uncertainty for those who had relied on the rule in executing their contracts. To avoid uncertainty and any unfairness to those parties who have structured their commercial relationships in accordance with the sealed contract rule, any change to the law should operate prospectively. Only the Legislature has the power to create a prospective change in the law.

The foregoing analysis has focussed on the effects of the abolition of the sealed contract rule. In my view, the need to preserve certainty in commercial relations must be considered when a court is asked to make a change to the sealed contract rule. For example, a statement that the sealed contract rule does not apply to corporations would create uncertainty as to the potential liability of all those individuals who had corporate agents insulate them from any obligations under the contract by executing it under seal. While such uncertainty may not be as widespread as that which would result from the outright abolition of the rule, such a change in the law could still have the effect of frustrating the intentions of those parties who entered into their agreements with the understanding that the rule applied. Courts should be loath to make even smaller modifications to the sealed contract rule without clear evidence that such a change is necessary to keep in step with evolving commercial reality and that it will not have unwarranted far-reaching effects.

VII. Application of the Sealed Contract Rule to the Mortgage in this Case

Final Note's officer affixed the corporation's seal to the mortgage at issue in this case; it was argued at trial that it is necessary to determine

être abolie. Je suis d'accord avec le raisonnement suivi dans ces trois décisions. L'abolition de la règle du contrat par acte scellé aurait comme effet inéquitable de créer de l'incertitude pour ceux qui se sont fiés à la règle en concluant leurs contrats. Pour éviter l'incertitude ainsi que toute injustice pour les parties qui ont organisé leurs relations commerciales conformément à la règle du contrat par acte scellé, toute modification apportée au droit devrait avoir effet pour l'avenir. Seule la législature a le pouvoir d'apporter au droit des modifications portant effet pour l'avenir.

L'analyse qui précède s'est attachée aux effets de l'abolition de la règle du contrat par acte scellé. Je suis d'avis que le tribunal auquel on demande de modifier cette règle doit tenir compte de la nécessité de préserver le climat de certitude dans les relations commerciales. Par exemple, le fait de déclarer la règle du contrat par acte scellé inapplicable aux personnes morales créerait de l'incertitude quant à la responsabilité potentielle de tous les particuliers qui, pour se mettre à l'abri de toute obligation prévue par leur contrat, ont fait conclure celui-ci par voie d'acte scellé par une personne morale agissant comme mandataire. L'incertitude créée par une telle mesure ne serait peut-être pas aussi généralisée que celle qui découlerait de l'abolition pure et simple de la règle, mais une telle modification du droit pourrait néanmoins avoir pour effet de contrecarrer l'intention des parties qui ont conclu des ententes en tenant pour acquis que la règle s'appliquait. Les tribunaux devraient être réticents à apporter quelque modification, même mineure, à la règle du contrat par acte scellé en l'absence de preuve claire que, d'une part, une telle modification est nécessaire pour que la règle continue de suivre l'évolution des réalités du commerce, et, d'autre part, que cette modification n'aura pas d'effets injustifiés et d'une grande portée.

VII. L'application de la règle du contrat par acte scellé à l'acte d'hypothèque en litige

Le représentant de Final Note a apposé le sceau de celle-ci à l'acte d'hypothèque en cause dans la présente affaire. Au procès, on a plaidé qu'il était

whether Final Note intended to create a sealed instrument in doing so. However, the mortgage is in the form prescribed under the *LRRRA* and is subject to its provisions. Section 13(1) of the Act has the effect of deeming all instruments governed by its provisions to be documents under seal, for all purposes. It is not in dispute that “person” as used in s. 13(1) of the Act means both individuals and corporations. Section 13(1) of the Act, therefore, has the substantive effect of deeming the mortgage to be an instrument under seal for all purposes, including the application of the sealed contract rule. Notwithstanding Final Note’s intention in affixing its corporate seal to the mortgage, the sealed contract rule applies. The only parties to the mortgage are Final Note and FED. Since only the parties to an instrument under seal may be sued upon it, the appellant cannot maintain an action on the covenant in the mortgage against the respondent group of beneficial owners.

VIII. Disposition

54 I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Goodman Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the respondents Dr. Almas Adatia, also known as Almas Adatia, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, in Trust, 808413 Ontario Inc. and Crown Freight Forwarders Ltd., previously known as 808548 Ontario Inc.: Goldman, Sloan, Nash & Haber, Toronto.

Solicitors for the respondents Mohamed Rajani, Shorim Investments, in Trust, and Shorim Investments Limited, in Trust: Orbach, Katzman & Herschorn, Toronto.

nécessaire de déterminer si Final Note avait eu, ce faisant, l’intention de créer un acte scellé. Toutefois, l’acte d’hypothèque est établi selon la forme prescrite par la Loi de 1984 et est régi par les dispositions de cette loi. Aux termes du par. 13(1) de cette loi, tous les actes visés par cette disposition sont réputés être des documents revêtus d’un sceau. Il n’est pas contesté que le mot «*person*» figurant au par. 13(1) de la loi s’entend tant des personnes physiques que des personnes morales. Ce paragraphe a donc pour effet substantiel de considérer les actes d’hypothèque comme des actes scellés à tous égards, y compris pour l’application de la règle du contrat par acte scellé. Indépendamment de l’intention qu’avait Final Note lorsqu’elle a apposé son sceau à l’acte d’hypothèque, la règle du contrat par acte scellé s’applique. Les seules parties à l’acte d’hypothèque sont Final Note et FED. Étant donné que seules les parties à un acte scellé peuvent être poursuivies en vertu de ce dernier, l’appelante ne peut tenter une action contre les propriétaires bénéficiaires intimés sur le fondement de l’engagement figurant dans l’acte d’hypothèque.

VIII. Dispositif

Je rejetterais le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante: Goodman Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs des intimés Dr Almas Adatia, également connu sous le nom de Almas Adatia, Peter Bortoluzzi, Sultan Lalani, en fiducie, 808413 Ontario Inc. et Crown Freight Forwarders Ltd., auparavant connue sous le nom de 808548 Ontario Inc.: Goldman, Sloan, Nash & Haber, Toronto.

Procureurs des intimés Mohamed Rajani, Shorim Investments, en fiducie, et Shorim Investments Limited, en fiducie: Orbach, Katzman & Herschorn, Toronto.

Solicitors for the respondents Lionel C. Larry and Robins, Appleby & Taub: Torkin, Manes, Cohen & Arbus, Toronto.

Procureurs des intimés Lionel C. Larry et Robins, Appleby & Taub: Torkin, Manes, Cohen & Arbus, Toronto.

F.N. Appellant

v.

Her Majesty The Queen *First Respondent*

and

**Roman Catholic School Board for
St. John's** *Second Respondent*

and

**Avalon Consolidated School
Board** *Third Respondent*

and

**Canadian Foundation for Children, Youth
and the Law** *Intervener*

INDEXED AS: F.N. (RE)

Neutral citation: 2000 SCC 35.

File No.: 26805.

1999: November 3; 2000: July 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NEWFOUNDLAND

Criminal law — Young Offenders — Confidentiality — Non-disclosure — Youth Court records — Youth Court routinely distributing copies of weekly Youth Court docket to local school boards — Whether Youth Court exceeded its jurisdiction — Whether distribution of Youth Court docket violated non-publication and non-disclosure requirements of Young Offenders Act — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 38, 40 to 46.

On the recommendation of its "Youth Justice Concerns Committee", an advisory body with no statutory powers or duties, the Youth Court staff in St. John's began routine distribution of its weekly Youth Court docket to local school boards. The docket of January 4, 1996 disclosed the name of the appellant, the fact that

F.N. Appelant

c.

Sa Majesté la Reine *Première intimée*

et

**Roman Catholic School Board for
St. John's** *Deuxième intimée*

et

**Avalon Consolidated School
Board** *Troisième intimée*

et

**Canadian Foundation for Children, Youth
and the Law** *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: F.N. (RE)

Référence neutre: 2000 CSC 35.

N° du greffe: 26805.

1999: 3 novembre; 2000: 20 juillet.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier,
McLachlin, Iacobucci, Bastarache, Binnie et Arbour.

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

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Confidentialité — Non-communication — Dossiers du tribunal pour adolescents — Un tribunal pour adolescents communiquait régulièrement des copies de son rôle aux commissions scolaires locales — A-t-il outrepassé sa compétence? — La distribution du rôle contrevenait-elle aux exigences de non-publication et de non-communication de la Loi sur les jeunes contrevenants? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 38, 40 à 46.

Suivant la recommandation de son «Youth Justice Concerns Committee», un organe consultatif auquel la loi ne confère aucun pouvoir ni aucune obligation, le personnel du tribunal pour adolescent à St. John's a commencé à distribuer régulièrement son rôle hebdomadaire aux commissions scolaires locales. Le rôle du 4

he was charged with two counts of assault and breach of probation, and the place and date of trial. He objected that this administrative practice violated the non-disclosure provisions of the *Young Offenders Act*, and applied for an order of prohibition. His application to the Newfoundland Supreme Court, Trial Division, and subsequent appeal to the Newfoundland Court of Appeal were both dismissed.

Held: The appeal should be allowed.

It is an important constitutional rule that the courts be open to the public and that their proceedings be accessible to all those who may have an interest. To this principle there are a number of exceptions where the public interest in confidentiality outweighs the public interest in openness. This balance is dealt with explicitly in the non-disclosure provisions of the *Young Offenders Act*. Parliament has recognized that a young person once stigmatized as a lawbreaker may, unless given help and redirection, render the stigma a self-fulfilling prophecy. In the long run, society is best protected by preventing recurrence and maximizing the chances of rehabilitation for young offenders. At the same time, the scheme of the Act does not attempt to achieve rehabilitation of the offender at the expense of public safety.

The Act creates two distinct but mutually reinforcing regimes to control information about a young offender. The first set of provisions commences at s. 38(1) with a general prohibition that “no person shall publish by any means any report” identifying a young offender with an offence or proceeding under the Act. The second regime applies to the maintenance and use of court records found in s. 40 to s. 44. These provisions set out in considerable detail the type of records that may be kept, where they may be kept, and the circumstances in which they may be disclosed. The respondent’s argument was that if the docket could be characterized as something other than a “record” or “report”, narrowly construed, its contents could be disseminated free of statutory restrictions. However, while neither term is defined in the Act, etymological niceties ought not to be allowed to overwhelm the clear purpose expressed by Parliament. What is important is not what the communication is called but the substance of what is communicated.

janvier 1996 révélait le nom de l’appelant, le fait que ce dernier était accusé de deux chefs de voies de fait et de manquement aux conditions de la probation, ainsi que le lieu et la date du procès. L’appelant s’est opposé à cette pratique administrative au motif qu’elle contrevenait aux dispositions de non-communication de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, et il a demandé une ordonnance d’interdiction. Sa demande auprès de la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve et son appel auprès de la Cour d’appel de Terre-Neuve ont été rejetés.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Selon une règle constitutionnelle importante, les tribunaux doivent être accessibles au public et leurs procédures, à tout intéressé. Ce principe comporte certaines exceptions dans les cas où le droit du public à la confidentialité l’emporte sur le droit du public à l’accessibilité. Cet équilibre est expressément visé par les dispositions de non-communication dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Le législateur reconnaît qu’une fois stigmatisé comme étant un malfaiteur, un adolescent peut faire en sorte que le stigmate devienne réalité, à moins de recevoir de l’aide et d’être réorienté. À long terme, la société est mieux protégée par la prévention de la récidive et par la maximalisation des chances de réadaptation des jeunes contrevenants. Par ailleurs, l’objet de la Loi n’est pas la réinsertion sociale du contrevenant aux dépens de la sécurité du public.

La Loi établit deux régimes distincts, mais qui se renforcent mutuellement, pour contrôler les renseignements concernant les jeunes contrevenants. Le premier ensemble de dispositions commence au par. 38(1) par une interdiction générale «de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu» permettant de lier un jeune contrevenant à une infraction ou à des procédures prévues par la Loi. Le second régime s’applique à la tenue et à l’utilisation des dossiers judiciaires et est établi par les art. 40 à 44. Ces dispositions prévoient de façon très précise le genre de dossiers qui peuvent être conservés, l’endroit où ils peuvent l’être et les cas dans lesquels ils peuvent être communiqués. L’argument de l’intimé était que si le document pouvait être qualifié d’autre chose que de «dossier» ou de «compte rendu», son contenu pouvait être diffusé sans restriction légale. Toutefois, bien que ces mots ne soient pas définis dans la Loi, on ne doit pas permettre que des subtilités étymologiques l’emportent sur le but clairement exprimé par le législateur. Ce n’est pas le nom donné à la communication qui importe, mais son contenu.

The nub of the statutory non-disclosure provisions is the avoidance of unauthorized disclosure of information that links the identity of the young person with a charge, proceeding or disposition under the Act. The interpretive exercise is therefore not directed at some formal classification of documents, but at the nature of the information sought to be disclosed. Where the prohibited link is not made, the ban does not apply.

The non-disclosure provisions of the Act were violated by the administrative practice of distributing dockets. The Youth Court docket necessarily links the name of the young person to a charge or proceeding. While the court docket, as a piece of paper, has a transient function, the information it contains is very much part of the court record, and its disclosure is prohibited unless the circumstances fall within the relevant exceptions set out in s. 44.1 of the Act.

Parliament's restrictions in s. 44.1(1)(k) were violated in the following respects: (1) disclosure was not authorized by a judge; (2) distribution was not limited to the board responsible for the appellant's school; and (3) the information was distributed for school purposes and not for purposes related to the administration of justice. Equally, school boards are not government agencies of the type that are responsible for the supervision or care of young persons in trouble with the law within the ambit of s. 44.1(1)(g).

Nor was disclosure of the docket authorized under one of the enumerated exceptions to the general publication ban in s. 38 against linking young people to offences or proceedings under the Act. The preparation, use and disclosure of the docket in Youth Court is permitted by the Act pursuant to s. 38(1.1) because it occurs "in the course of the administration of justice" and the purpose is not to make the information known in the community, but distribution of the docket to the school boards was not authorized under that section because school boards have no general responsibility for the administration of justice. Here, the dockets were provided for school board purposes.

Neither can general distribution of the docket be validated on the basis of the "school board" exception. Section 38(1.13) permits disclosure of information to the representative of any school board or school where disclosure is necessary either to ensure compliance by the young person with a court order or to ensure the safety

Les dispositions légales relatives à l'interdiction de communication visent essentiellement à éviter la communication non autorisée de tout renseignement liant l'identité de l'adolescent à une accusation, une instance ou une décision prise en vertu de la Loi. L'exercice d'interprétation ne vise donc pas la classification formelle des documents, mais la nature des renseignements dont on demande la communication. L'interdiction ne s'applique pas lorsque le lien interdit n'est pas fait.

Les dispositions de non-communication de la Loi ont été violées par la pratique administrative de la distribution des rôles. Le rôle du tribunal pour adolescents lie nécessairement le nom de l'adolescent à une accusation ou à une instance. Bien qu'en tant que document, le rôle de la cour ait une fonction temporaire, les renseignements qu'il contient font vraiment partie du dossier de la cour et leur communication est interdite sauf dans les cas pertinents prévus à l'art. 44.1 de la Loi.

Les restrictions prévues par le législateur à l'al. 44.1(1)k ont été violées des manières suivantes: (1) la communication n'a pas été autorisée par un juge; (2) la distribution ne s'est pas limitée à la commission scolaire dont relevait l'école de l'appelant; (3) les renseignements demandés étaient pour les besoins de l'école et n'avaient rien à voir avec l'administration de la justice. De même, les commissions scolaires ne sont pas un type d'organisme gouvernemental chargé de surveiller des adolescents ayant des démêlés avec la justice ou de s'en occuper au sens de l'al. 44.1(1)g.

La communication du rôle n'était pas autorisée non plus par l'une des exceptions à l'interdiction générale de publication prévue à l'art. 38, qui interdit qu'un lien soit fait entre l'adolescent et des infractions ou des instances prévues par la Loi. La préparation, l'utilisation et la communication du rôle du tribunal pour adolescents sont permises par la Loi en vertu du par. 38(1.1) parce qu'elles ont lieu «dans le cours de l'administration de la justice» et qu'elles ne visent pas à renseigner la collectivité, mais la distribution du rôle aux commissions scolaires n'était pas autorisée par ce paragraphe parce que les commissions scolaires n'ont aucune responsabilité générale en matière d'administration de la justice. En l'espèce, les rôles ont été fournis pour les besoins des commissions scolaires.

La distribution générale du rôle ne peut pas non plus être justifiée par l'exception relative à la «commission scolaire». Le paragraphe 38(1.13) permet la communication de renseignements au représentant de toute commission scolaire ou école si la communication est nécessaire pour faire en sorte que l'adolescent se conforme à

of others. Although schools may be called on to assist in ensuring compliance with a court order, there was no evidence that the school boards had such a role to play in respect of the appellant. The purpose of ensuring safety would also support disclosure of a specific young person's information to the school board, but the exemption does not authorize the release of information about all young persons identified on the docket list, whether or not they are a threat to safety of others and whether or not they attend school. The disclosure is over-inclusive because it includes young persons who present no safety risk at all and who may not be students and it is also under-inclusive because if there is a serious safety concern, it may not include enough information to enable the school to formulate appropriate remedial action. Violent offences against people, e.g., assault, assault causing bodily harm, aggravated sexual assault, weapons offences, drugs and more serious property offences such as arson may clearly raise a sufficient concern for the safety of the young person as well as "staff, students or other persons" to justify notification to the board responsible for the student in question. There is nothing in the section that precludes the implementation of a general notification procedure provided the policy is properly tailored to the statutory requirements.

Cases Cited

Referred to: *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749; *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678, aff'd (1986), 53 O.R. (2d) 663, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xiv; *R. v. M. (J.J.)*, [1993] 2 S.C.R. 421; *R. v. M. (E.H.B.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 535; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Smith, Judge v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393; *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [1996] O.J. No. 2218 (QL); *R. v. N. (K.)* (1989), 51 C.C.C. (3d) 404; *R. v. A.M.M.*, [1994] O.J. No. 1178 (QL); *Scarlett Heights Collegiate Institute v. K.M.*, [1995] O.J. No. 3750 (QL); *Re Peel Board of Education and B* (1987), 59 O.R. (2d) 654; *Re Smith and Clerk of Youth Court* (1986), 31 C.C.C. (3d) 27; *R. v. H.E.A.*, [1984] O.J. No. 707 (QL); *Re T.I.* (1985), 13 W.C.B. 494; *Person Unknown v. S. (M.)* (1986), 43

une ordonnance judiciaire ou pour assurer la sécurité des autres. Même si les écoles peuvent être sollicitées pour aider à assurer le respect des ordonnances judiciaires, il n'y a aucune preuve que les commissions scolaires aient eu un tel rôle à jouer relativement à l'appelant. Le but d'assurer la sécurité justifierait également la communication à la commission scolaire des renseignements relatifs à un adolescent en particulier, mais l'exception n'autorise pas la diffusion des renseignements relatifs à tous les jeunes identifiés sur le rôle, qu'ils constituent ou non un danger pour la sécurité des autres et qu'ils aillent ou non à l'école. La communication a une portée trop large car elle vise des adolescents qui ne constituent aucun risque pour la sécurité et qui ne sont peut-être même pas des étudiants, et elle a aussi une portée trop restrictive car, s'il existe un danger grave en matière de sécurité, elle peut ne pas contenir suffisamment de renseignements pour permettre à l'école d'élaborer une mesure corrective appropriée. Les infractions de violence contre des personnes — comme les voies de fait, les voies de fait avec lésions, les agressions sexuelles graves, les infractions relatives aux armes et aux drogues ainsi que les infractions graves contre les biens telles que l'incendie criminel — peuvent manifestement soulever une préoccupation suffisante pour la sécurité de l'adolescent lui-même ainsi que pour celle «du personnel, des étudiants ou d'autres personnes» pour justifier la notification à la commission scolaire responsable de l'étudiant en question. Rien dans la disposition n'empêche de procéder par notification générale, pourvu que la politique soit conçue conformément aux exigences de la loi.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749; *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678, conf. par (1986), 53 O.R. (2d) 663, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xiv; *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421; *R. c. M. (E.H.B.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 535; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Smith, Judge c. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979); *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393; *Ontario (Solicitor General) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [1996] O.J. No. 2218 (QL); *R. c. N. (K.)* (1989), 51 C.C.C. (3d) 404; *R. c. A.M.M.*, [1994] O.J. No. 1178 (QL); *Scarlett Heights Collegiate Institute c. K.M.*, [1995] O.J. No. 3750 (QL); *Re Peel Board of Education and B* (1987), 59 O.R. (2d) 654; *Re Smith and Clerk of Youth Court* (1986), 31 C.C.C. (3d) 27; *R. c. H.E.A.*, [1984] O.J. No. 707 (QL); *Re T.I.* (1985), 13 W.C.B.

M.V.R. 306; *F.G. v. Board of Education of Scarborough* (1994), 68 O.A.C. 308; *H. (G.) v. Shamrock School Division No. 38 (Sask.) Board of Education*, [1987] 3 W.W.R. 270; *R.G. (Re)*, [1999] B.C.J. No. 1106 (QL).

Statutes and Regulations Cited

Bill C-3, *The Youth Criminal Justice Act*, 2nd Sess., 36th Parl., 1999 (second reading 23 November 1999).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 266(b).
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1 [am. c. 24 (2nd Supp.)], ss. 2 “young person”, 3 [am. 1995, c. 19, s. 1], 38 [*idem*, s. 27; *idem*, c. 39, s. 184], 40, 41 [repl. 1995, c. 19, s. 28], 43, 44.1 [am. 1992, c. 1, s. 143 (Sch. VI, item 21); am. 1995, c. 19, s. 30; c. 27, s. 2; c. 39, s. 186], 46.

Authors Cited

Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
 Bala, Nicholas, and Mary-Anne Kirvan. “The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts”. In Alan W. Leschied, Peter G. Jaffe and Wayne Willis, eds., *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice*. Toronto: University of Toronto Press, 1991.
 Canada. Solicitor General. *Record-keeping under the Young Offenders Act: A Guide*. Ottawa: Young Offenders Directorate, Policy Branch, Secretariat, Ministry of the Solicitor General of Canada, 1986.
 Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1995.
 United Nations. General Assembly. *United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice*, A/RES/40/33, November 29, 1985, Annex, Rule 8.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 154, 503 A.P.R. 154, 126 C.C.C. (3d) 114, [1998] N.J. No. 126 (QL), dismissing the appellant’s appeal from a decision of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1996), 142 Nfld. & P.E.I.R. 31, 445 A.P.R. 31, [1996] N.J. No. 150 (QL), dismissing his application for an order of prohibition. Appeal allowed.

494; *Person Unknown c. S. (M.)* (1986), 43 M.V.R. 306; *F.G. c. Board of Education of Scarborough* (1994), 68 O.A.C. 308; *H. (G.) c. Shamrock School Division No. 38 (Sask.) Board of Education*, [1987] 3 W.W.R. 270; *R.G. (Re)*, [1999] B.C.J. No. 1106 (QL).

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 266(b).
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1 [mod. ch. 24 (2^e suppl.)], art. 2 «adolescent», 3 [mod. 1995, ch. 19, art. 1], 38 [*idem*, art. 27; *idem*, ch. 39, art. 184], 40, 41 [repl. 1995, ch. 19, art. 28], 43, 44.1 [mod. 1992, ch. 1, art. 143 (ann. VI, art. 21); mod. 1995, ch. 19, art. 30; ch. 27, art. 2; ch. 39, art. 186], 46.
 Projet de loi C-3, *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*, 2^e sess., 36^e lég., 1999 (deuxième lecture 23 novembre 1999).

Doctrine citée

Bala, Nicholas. *Young Offenders Law*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.
 Bala, Nicholas, and Mary-Anne Kirvan. «The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts». In Alan W. Leschied, Peter G. Jaffe and Wayne Willis, eds., *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice*. Toronto: University of Toronto Press, 1991.
 Canada. Solliciteur général. *La tenue des dossiers en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants: un guide*. Ottawa: Sous-direction des jeunes contrevenants, Direction des politiques, Secrétariat du Ministère, Ministère du Solliciteur général du Canada, 1986.
 Nations Unies. Assemblée générale. *Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l’administration de la justice pour mineurs*, A/RES/40/33, 29 novembre 1985, annexe, règle 8.
 Platt, Priscilla. *Young Offenders Law in Canada*, 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1995.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de Terre-Neuve (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 154, 503 A.P.R. 154, 126 C.C.C. (3d) 114, [1998] N.J. No. 126 (QL), qui a rejeté l’appel de l’appelant à l’encontre d’une décision de la Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance (1996), 142 Nfld. & P.E.I.R. 31, 445 A.P.R. 31, [1996] N.J. No. 150 (QL), qui avait rejeté sa demande d’ordonnance d’interdiction. Pourvoi accueilli.

Joan Dawson, for the appellant.

Joan Dawson, pour l'appellant.

Bernard Coffey, Q.C., for the respondent Her Majesty the Queen.

Bernard Coffey, c.r., pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

R. Wayne Bruce, for the respondents the Roman Catholic School Board for St. John's and the Avalon Consolidated School Board.

R. Wayne Bruce, pour les intimés Roman Catholic School Board for St. John's et Avalon Consolidated School Board.

Cheryl Milne, for the intervener.

Cheryl Milne, pour l'intervenante.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

BINNIE J. — The Provincial Court of Newfoundland, Youth Court Division, in St. John's, routinely forwards the Youth Court docket to all of the school boards within its jurisdiction. Its docket of January 4, 1996 disclosed the name of the appellant, the fact he was charged with two counts of assault and breach of probation, plus the place and date of trial. The appellant objects that this administrative practice of the Youth Court violates the non-disclosure provisions of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1. His objection is well-founded and the appeal must be allowed.

LE JUGE BINNIE — La Section du tribunal pour adolescents de la Cour provinciale de Terre-Neuve à St. John's transmet régulièrement son rôle à toutes les commissions scolaires de son ressort. Le rôle du 4 janvier 1996 révèle le nom de l'appellant, le fait que ce dernier est accusé de deux chefs de voies de fait et de manquement aux conditions de la probation, ainsi que le lieu et la date du procès. L'appellant s'oppose à cette pratique administrative du tribunal pour adolescents au motif qu'elle contrevient à la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, qui interdit la communication de certains renseignements. Son opposition est bien fondée et le pourvoi doit être accueilli.

I. Facts

The appellant, who is a "young person" within the meaning of s. 2 of the *Young Offenders Act* ("Act"), was charged with two counts of assault contrary to s. 266(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. On October 16, 1995, he was released on his own recognizance which required that he keep the peace and be of good behaviour for twelve months and that he not initiate any contact or communication with the alleged assault victims. The appellant was subsequently charged with breach of the condition that he keep the peace and be of good behaviour. He was detained in custody on November 22, 1995, and subsequently appeared in the Provincial Court of Newfoundland, Youth Court Division, on November 23, 1995 at which time the matter was put over to January 4, 1996 for the purpose of entering a plea. Eventually, despite

I. Les faits

L'appellant, un «adolescent» au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* (la «Loi»), est accusé de deux chefs de voies de fait, contrairement à l'al. 266b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le 16 octobre 1995, il est libéré sur l'engagement de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite pendant douze mois ainsi que de ne pas entrer en contact ou en communication avec les victimes des voies de fait alléguées. Il est par la suite accusé de ne pas avoir observé l'engagement de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite. Il est détenu le 22 novembre 1995 et comparait devant la Section du tribunal pour adolescents de la Cour provinciale de Terre-Neuve le 23 novembre 1995, date à laquelle l'affaire est reportée au 4 janvier 1996 aux fins de l'inscription d'un plaidoyer. Finale-

several adjournments, the Crown did not present any evidence and the charges were dismissed.

ment, malgré plusieurs ajournements, le ministère public ne présente aucune preuve et les accusations sont rejetées.

3 The appellant's complaint relates to the distribution of the Youth Court docket for January 4, 1996 to two school boards in the City of St. John's. The docket was sent to the school psychologists who treated the information contained in the docket in accordance with the scheme set out in s. 38(1.14) and (1.15). Other persons within the school system were only informed on a need-to-know basis. The point, however, is that the distribution clearly was *not* limited to the one school board that was responsible for a school attended by each of the young people on the docket. A board does not have a cognizable interest in students or non-students for whom it has no responsibility whatsoever.

La plainte de l'appelant porte sur la diffusion du rôle du 4 janvier 1996 du tribunal pour adolescents à deux commissions scolaires de la ville de St. John's. Le rôle est envoyé aux psychologues scolaires, qui traitent les renseignements y figurant conformément aux par. 38(1.14) et (1.15). D'autres personnes du système scolaire ne sont informées qu'en cas de besoin. Cependant, la diffusion n'était manifestement *pas* limitée à la commission scolaire dont relevait l'école fréquentée par les adolescents mentionnés dans le rôle. Une commission scolaire n'a pas d'intérêt reconnu à l'égard d'un étudiant ou autre personne ne relevant aucunement de sa responsabilité.

4 The routine distribution of the Youth Court docket was undertaken by the Youth Court staff on the recommendation of its "Youth Justice Concerns Committee". This Committee includes representatives from Legal Aid, the Crown Attorney's office, the Department of Health — Mental Health Division, the Royal Newfoundland Constabulary, the RCMP, youth corrections, school boards, child welfare, and, occasionally, the Federation of School Boards and Trustees. The Committee is, as its name suggests, a purely advisory body with no statutory powers or duties. Although a Youth Court judge is a member of the Committee, it is common ground that when sitting on the Committee he is not exercising his powers as a Youth Court judge.

C'est le tribunal pour adolescents qui diffuse régulièrement le rôle sur recommandation de son comité appelé «Youth Justice Concerns Committee». Ce comité est composé de représentants de l'aide juridique, du bureau du procureur général, du ministère de la Santé — division de la santé mentale, de la Royal Newfoundland Constabulary, de la GRC, des services correctionnels pour les jeunes, des commissions scolaires, du service de la protection de l'enfance et, parfois, de la Federation of School Boards and Trustees. Comme son nom l'indique, il s'agit d'un organe purement consultatif à qui la loi ne confère aucun pouvoir ni aucune obligation. Il est bien établi que le juge du tribunal pour adolescents qui siège au comité n'exerce pas ses pouvoirs à titre de juge.

II. Judicial History

A. *Supreme Court of Newfoundland, Trial Division* (1996), 142 Nfld. & P.E.I.R. 31

II. L'historique judiciaire

A. *Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance* (1996), 142 Nfld. & P.E.I.R. 31

5 On January 31, 1996, the appellant applied to the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, for an order of prohibition on the ground that the Youth Court had acted in excess of its jurisdiction by routinely providing school boards with a photocopy of its docket. After reviewing the uses to which the dockets were put, balanced against the students' right to privacy, the motions judge

Le 31 janvier 1996, l'appelant présente à la Section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve une demande d'ordonnance d'interdiction au motif que le tribunal pour adolescents a outrepassé sa compétence en fournissant automatiquement à des commissions scolaires une photocopie de son rôle. Après avoir soupesé l'utilisation des rôles par rapport au droit à la vie privée des

stated he was satisfied that the confidentiality protection given to Youth Court “records” was inapplicable. He held that a docket was not a “record” as that term is used in s. 40. He observed that once a matter is called in court, which is open to the public, the purpose of the docket is spent, unlike the record of what transpired in court which “remains a record of the court and is governed by the rules respecting it and is not subject to unrestricted availability” (p. 35). The motions judge construed a docket as simply a daily or weekly agenda and not a record in the context of ss. 41 to 46 of the Act.

Even if the docket was a record, the motions judge took the view that the school boards would have been entitled to the records under s. 38(1.13), which permits disclosure of information to any professional or other person engaged in the supervision or care of a young person, including, he ruled, a representative of the school board or school for the purposes listed in that provision: ensuring compliance with a court authorization or order or to ensure the safety of students or staff. He accordingly dismissed the application for prohibition.

B. *Newfoundland Court of Appeal* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 154

The appeal was heard by Gushue C.J.N., Marshall and Steele J.J.A., and by reasons dated May 15, 1998 the appeal was unanimously dismissed. Steele J.A., for the Court, accepted that forwarding the docket to the respondent School Boards could be considered to be publication within the meaning of s. 38, although it is not publication in the ordinary sense and was not for the purpose of making information known in the community. Steele J.A. concluded (at p. 160) that the forwarding of the docket was permitted under s. 38(1.13) of the Act:

Firstly, it can be said with certainty that the purpose of the disclosure, that is, the forwarding of Youth Court docket to the School Boards, was not to make the information known in the community. In fact, the evidence is clear that the two School Boards took extreme precau-

étudiants, le juge des requêtes se dit convaincu que la protection de la confidentialité des renseignements personnels contenus dans les «dossiers» du tribunal pour adolescents ne s’applique pas. Il conclut que le rôle n’est pas un «dossier» au sens de l’art. 40. Il fait remarquer que, une fois l’affaire appelée à l’audience, qui est publique, le rôle devient inutile, contrairement au compte rendu de l’audience, lequel [TRADUCTION] «demeure un dossier de la cour régi par les règles applicables et ne fait pas l’objet d’une accessibilité illimitée» (p. 35). Le juge des requêtes interprète le rôle comme étant simplement un programme quotidien ou hebdomadaire, et non pas un dossier au sens des art. 41 à 46 de la Loi.

Le juge des requêtes exprime l’avis que, même si le rôle était un dossier, les commissions scolaires y auraient droit en vertu du par. 38(1.13), qui permet la communication de renseignements à un professionnel ou toute autre personne chargée de surveiller l’adolescent ou de s’en occuper, notamment à un représentant de la commission scolaire ou de l’école aux fins énumérées dans cette disposition: faire en sorte que l’adolescent se conforme à toute autorisation ou ordonnance judiciaire et assurer la sécurité des étudiants et du personnel. Il rejette donc la demande d’interdiction.

B. *Cour d’appel de Terre-Neuve* (1998), 163 Nfld. & P.E.I.R. 154

L’appel est entendu par le juge en chef Gushue et les juges Marshall et Steele, et il est rejeté à l’unanimité pour les motifs prononcés le 15 mai 1998. Le juge Steele, au nom de la cour, admet que la transmission du rôle aux commissions scolaires intimées peut être considérée comme une publication au sens de l’art. 38 même s’il ne s’agit pas d’une publication au sens ordinaire du terme et si elle ne vise pas à renseigner la collectivité. Le juge Steele conclut (à la p. 160) que la transmission du rôle est autorisée par le par. 38(1.13) de la Loi:

[TRADUCTION] Premièrement, on peut dire avec certitude que le but de la communication, soit la transmission du rôle du tribunal pour adolescents aux commissions scolaires, n’était pas de renseigner la collectivité. En fait, il apparaît clairement que les deux commissions

6

7

tions to ensure confidentiality. Secondly, the expression “in the course of the administration of justice”, is a reference to the role and undertaking of the Youth Court. It is a phrase that demands a broad and liberal interpretation It was an endeavour carried out in the course of the administration of justice.

8

Steele J.A. considered that the appellant’s argument that a record included any document that might serve to identify a young person charged with an offence was too general. He observed that the prohibition against publication is not absolute “and the Act itself imposes a limitation on the prohibition” (p. 161). He concluded that a docket was not a record, but even if it was he considered that the general prohibition in s. 38(1) did not apply because “the disclosure of the information contained in the docket was a disclosure to a professional or other person engaged in the supervision or care of a young person, including a representative of a School Board or Boards, in circumstances where the disclosure was necessary to ensure the safety of staff, students or other persons” (p. 163). The disclosure, he concluded, was made in the course of the administration of justice and without any intent “of either the Youth Court or the School Boards to make the information known in the community” (p. 163). Disclosure of the docket thus came within s. 38(1.13) of the Act. The appeal was dismissed.

III. Relevant Statutory Provisions

9

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1

DECLARATION OF PRINCIPLE

3. (1) It is hereby recognized and declared that

. . . .

(c.1) the protection of society, which is a primary objective of the criminal law applicable to youth, is best served by rehabilitation, wherever possible, of young persons who commit offences, and rehabilitation is best achieved by addressing the needs and cir-

scolaires ont pris de très grandes précautions pour assurer la confidentialité des renseignements personnels. Deuxièmement, l’expression «dans le cours de l’administration de la justice» se rapporte à la fonction et aux activités du tribunal pour adolescents. C’est une expression qui requiert une interprétation large et libérale [. . .] Il s’agissait d’une mesure prise dans le cours de l’administration de la justice.

Le juge Steele considère comme trop général l’argument de l’appelant selon lequel un dossier comprend tout document susceptible de permettre l’identification d’un adolescent accusé d’une infraction. Il note que l’interdiction de publication n’est pas absolue [TRADUCTION] et que «la Loi elle-même impose une restriction à l’interdiction» (p. 161). Il conclut qu’un rôle n’est pas un dossier et que, même s’il l’est, l’interdiction générale prévue par le par. 38(1) ne s’applique pas parce que [TRADUCTION] «la communication des renseignements contenus dans le rôle est destinée à un professionnel ou à toute autre personne chargée de surveiller l’adolescent ou de s’en occuper, notamment au représentant d’une ou de plusieurs commissions scolaires, dans des cas où la communication est nécessaire pour assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d’autres personnes» (p. 163). Il conclut que la communication a été faite dans le cours de l’administration de la justice et sans intention [TRADUCTION] «de la part du tribunal pour adolescents et des commissions scolaires de renseigner la collectivité» (p. 163). La communication du rôle est donc visée par le par. 38(1.13) de la Loi. L’appel est rejeté.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1

DÉCLARATION DE PRINCIPES

3. (1) Les principes suivants sont reconnus et proclamés:

. . . .

c.1) la protection de la société, qui est l’un des buts premiers du droit pénal applicable aux jeunes, est mieux servie par la réinsertion sociale du jeune contrevenant, chaque fois que cela est possible, et le meilleur moyen d’y parvenir est de tenir compte des

cumstances of a young person that are relevant to the young person's offending behaviour;

besoins et des circonstances pouvant expliquer son comportement;

(f) in the application of this Act, the rights and freedoms of young persons include a right to the least possible interference with freedom that is consistent with the protection of society, having regard to the needs of young persons and the interests of their families;

f) dans le cadre de la présente loi, le droit des adolescents à la liberté ne peut souffrir que d'un minimum d'entraves commandées par la protection de la société, compte tenu des besoins des adolescents et des intérêts de leur famille;

PROTECTION OF PRIVACY OF YOUNG PERSONS

PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DES ADOLESCENTS

[Identity not to be published]

[Publication]

38. (1) Subject to this section, no person shall publish by any means any report

38. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, il est interdit de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu:

(a) of an offence committed or alleged to have been committed by a young person, unless an order has been made under section 16 with respect thereto, or

a) d'une infraction commise par un adolescent ou imputée à celui-ci, à moins qu'une ordonnance n'ait été rendue à cet égard en vertu de l'article 16;

(b) of any hearing, adjudication, disposition or appeal concerning a young person who committed or is alleged to have committed an offence

b) d'une audition, d'un jugement, d'une décision, ou d'un appel concernant un adolescent qui a commis une infraction ou à qui elle est imputée.

in which the name of the young person, a child or a young person who is a victim of the offence or a child or a young person who appeared as a witness in connection with the offence, or in which any information serving to identify such young person or child, is disclosed.

La présente interdiction ne s'applique, toutefois, que lorsque le compte rendu fait état du nom de l'adolescent, de celui d'un enfant ou d'un adolescent victime de l'infraction ou appelé à témoigner à l'occasion de celle-ci ou dans lequel est divulgué tout renseignement permettant d'établir l'identité de cet adolescent ou enfant.

[Limitation]

[Restriction]

(1.1) Subsection (1) does not apply in respect of the disclosure of information in the course of the administration of justice including, for greater certainty, the disclosure of information for the purposes of the *Firearms Act* and Part III of the *Criminal Code*, where it is not the purpose of the disclosure to make the information known in the community.

(1.1) Le paragraphe (1) ne s'applique pas relativement à la communication de renseignements dans le cours de l'administration de la justice — notamment pour l'application de la *Loi sur les armes à feu* et de la partie III du *Code criminel* —, si la communication ne vise pas à renseigner la collectivité.

[Preparation of reports]

[Préparation de rapports]

(1.11) Subsection (1) does not apply in respect of the disclosure of information by the provincial director or a youth worker where the disclosure is necessary for procuring information that relates to the preparation of any report required by this Act.

(1.11) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la communication de renseignements par un directeur provincial ou un délégué à la jeunesse lorsqu'il est nécessaire de les communiquer pour obtenir des renseignements utiles à la préparation d'un rapport prévu par la présente loi.

[No subsequent disclosure]

(1.12) No person to whom information is disclosed pursuant to subsection (1.11) shall disclose that information to any other person unless the disclosure is necessary for the purpose of preparing the report for which the information was disclosed.

[Schools and others]

(1.13) Subsection (1) does not apply in respect of the disclosure of information to any professional or other person engaged in the supervision or care of a young person, including the representative of any school board or school or any other educational or training institution, by the provincial director, a youth worker, a peace officer or any other person engaged in the provision of services to young persons where the disclosure is necessary

(a) to ensure compliance by the young person with an authorization pursuant to section 35 or an order of any court concerning bail, probation or conditional supervision; or

(b) to ensure the safety of staff, students or other persons, as the case may be.

[No subsequent disclosure]

(1.14) No person to whom information is disclosed pursuant to subsection (1.13) shall disclose that information to any other person unless the disclosure is necessary for a purpose referred to in that subsection.

[Information to be kept separate]

(1.15) Any person to whom information is disclosed pursuant to subsections (1.13) and (1.14) shall

(a) keep the information separate from any other record of the young person to whom the information relates;

(b) subject to subsection (1.14), ensure that no other person has access to the information; and

(c) destroy the information when the information is no longer required for the purpose for which it was disclosed.

[Interdiction de communiquer les renseignements]

(1.12) Il est interdit de communiquer les renseignements visés au paragraphe (1.11), à moins que leur communication ne soit nécessaire pour établir le rapport pour lequel ils sont communiqués.

[Écoles et autres institutions]

(1.13) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à la communication de renseignements faite par un directeur provincial, un délégué à la jeunesse, un agent de la paix ou toute autre personne qui fournit des services aux adolescents lorsqu'elle est destinée à un professionnel ou toute autre personne chargée de surveiller l'adolescent ou de s'en occuper, notamment au représentant d'une commission scolaire, d'une école ou de tout autre établissement d'enseignement ou de formation, en vue:

a) de faire en sorte que l'adolescent se conforme à toute décision rendue par un tribunal relativement à sa mise en liberté, à sa probation, à sa liberté sous condition ou à toute autorisation visée à l'article 35;

b) d'assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d'autres personnes, selon le cas.

[Interdiction de communiquer les renseignements]

(1.14) Il est interdit de communiquer les renseignements visés au paragraphe (1.13), à moins que leur communication ne soit nécessaire à l'une des fins mentionnées à ce paragraphe.

[Renseignements conservés à part]

(1.15) Toute personne à qui sont communiqués des renseignements en application des paragraphes (1.13) et (1.14) doit:

a) les conserver sans les joindre au dossier scolaire de l'adolescent auquel ils se rapportent;

b) veiller à ce qu'aucune autre personne n'y ait accès, sous réserve du paragraphe (1.14);

c) les détruire dès qu'ils ne sont plus nécessaires aux fins auxquelles ils ont été communiqués.

MAINTENANCE AND USE OF RECORDS

*Records that may be Kept***[Youth court, review board and other courts]**

40. (1) A youth court, review board or any court dealing with matters arising out of proceedings under this Act may keep a record of any case arising under this Act that comes before it.

[Exception]

(2) For greater certainty, this section does not apply in respect of proceedings held in ordinary court pursuant to an order under section 16.

*Disclosure of Records***[Records made available]**

44.1 (1) Subject to subsections (2) and (2.1), any record that is kept pursuant to section 40 shall, and any record that is kept pursuant to sections 41 to 43 may, on request, be made available for inspection to

- (a) the young person to whom the record relates;
- (b) counsel acting on behalf of the young person, or any representative of that counsel;
- (c) the Attorney General or his agent;
- (d) a parent of the young person or any adult assisting the young person pursuant to subsection 11(7), during the course of any proceedings relating to the offence or alleged offence to which the record relates or during the term of any disposition made in respect of the offence;
- (e) any judge, court or review board, for any purpose relating to proceedings relating to the young person under this Act or to proceedings in ordinary court in respect of offences committed or alleged to have been committed by the young person, whether as a young person or an adult;
- (f) any peace officer,
 - (i) for the purpose of investigating any offence that the young person is suspected on reasonable grounds of having committed, or in respect of

TENUE ET UTILISATION DES DOSSIERS

*Dossiers dont la tenue est autorisée***[Tribunal pour adolescents, commission d'examen et autres tribunaux]**

40. (1) Les tribunaux pour adolescents, commissions d'examen ou tribunaux saisis de questions relatives à des procédures prises dans le cadre de la présente loi peuvent tenir un dossier de toute affaire portée devant eux dans le cadre de la présente loi.

[Exception]

(2) Il demeure entendu que le présent article ne s'applique pas aux procédures engagées devant la juridiction normalement compétente en vertu d'une ordonnance rendue en application de l'article 16.

*Communication des dossiers***[Demande de communication]**

44.1 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (2.1), lorsqu'elles en font la demande, les personnes suivantes ont, pour le consulter, accès à tout dossier tenu en application de l'article 40 et peuvent avoir accès à tout dossier tenu en application des articles 41 à 43:

- a) l'adolescent qui en fait l'objet;
- b) l'avocat de l'adolescent ou son représentant;
- c) le procureur général ou son représentant;
- d) les père ou mère de l'adolescent ou tout adulte qui assiste l'adolescent en application du paragraphe 11(7) pendant les procédures relatives à l'infraction visée par le dossier ou pendant la durée d'application de toute décision prise en l'espèce;
- e) tout juge, tout tribunal ou toute commission d'examen, relativement à des poursuites intentées contre un adolescent en vertu de la présente loi, ou à des poursuites intentées devant la juridiction normalement compétente relatives à des infractions commises par celui-ci au cours de son adolescence ou après qu'il a atteint l'âge adulte ou qui lui sont imputées;
- f) un agent de la paix:
 - (i) lorsque l'accès est nécessaire dans le cadre d'une enquête portant sur une infraction que l'on soupçonne, pour des motifs raisonnables, avoir été commise par l'adolescent, ou relativement à laquelle l'adolescent a été arrêté ou inculpé, même

which the young person has been arrested or charged, whether as a young person or an adult,

(ii) for any purpose related to the administration of the case to which the record relates during the course of proceedings against the young person or the term of any disposition,

(iii) for the purpose of investigating any offence that another person is suspected on reasonable grounds of having committed against the young person while the young person is, or was, serving a disposition, or

(iv) for any other law enforcement purpose;

(g) any member of a department or agency of a government in Canada, or any agent thereof, that is

(i) engaged in the administration of alternative measures in respect of the young person,

(ii) preparing a report in respect of the young person pursuant to this Act or for the purpose of assisting a court in sentencing the young person after he becomes an adult or is transferred to ordinary court pursuant to section 16,

(iii) engaged in the supervision or care of the young person, whether as a young person or an adult, or in the administration of a disposition or a sentence in respect of the young person, whether as a young person or an adult, or

(iv) considering an application for parole or pardon made by the young person after he becomes an adult;

(h) any person, or person within a class of persons, designated by the Governor in Council, or the Lieutenant Governor in Council of a province, for a purpose and to the extent specified by the Governor in Council or the Lieutenant Governor in Council, as the case may be;

(i) any person, for the purpose of determining whether to grant security clearances required by the Government of Canada or the government of a province or a municipality for purposes of employment or the performance of services;

(i.1) to any person for the purposes of the *Firearms Act*;

(j) any employee or agent of the Government of Canada, for statistical purposes pursuant to the *Statistics Act*; and

si l'arrestation ou l'inculpation surviennent après qu'il a atteint l'âge adulte,

(ii) pour des fins liées à l'administration de l'affaire visée par le dossier pendant l'instance concernant l'adolescent ou pendant la durée d'application de toute décision,

(iii) en vue d'enquêter au sujet d'une infraction qu'une autre personne est, pour des motifs raisonnables, soupçonnée d'avoir commise à l'égard de l'adolescent pendant que celui-ci purge ou purgeait sa peine,

(iv) en vue d'appliquer la loi;

g) tout membre du personnel ou mandataire d'un ministère ou d'un organisme fédéral ou provincial chargé:

(i) de l'administration de mesures de rechange concernant l'adolescent,

(ii) de préparer un rapport concernant l'adolescent dans le cadre de la présente loi ou pour aider un tribunal à déterminer la peine qu'il doit imposer à l'adolescent après qu'il a atteint l'âge adulte ou après son renvoi à la juridiction normalement compétente au titre de l'article 16,

(iii) soit de surveiller l'adolescent ou de s'en occuper même devenu adulte, soit de l'administration d'une décision ou d'une sentence le concernant, même à l'âge adulte,

(iv) d'examiner une demande de libération conditionnelle ou de pardon présentée par l'adolescent devenu adulte;

h) toute personne, ou toute personne faisant partie d'une catégorie de personnes, désignée par le gouverneur en conseil ou le lieutenant-gouverneur en conseil d'une province pour une fin déterminée et dans la mesure autorisée par l'un ou l'autre, selon le cas;

i) toute personne aux fins de déterminer s'il y a lieu d'accorder les habilitations sécuritaires exigées par le gouvernement du Canada ou d'une province ou par une municipalité en matière de recrutement de personnel ou de fourniture de services;

i.1) toute personne pour l'application de la *Loi sur les armes à feu*;

j) tout employé ou mandataire du gouvernement fédéral, pour des fins statistiques prévues par la *Loi sur la statistique*;

(k) any other person who is deemed, or any person within a class of persons that is deemed, by a youth court judge to have a valid interest in the record, to the extent directed by the judge, if the judge is satisfied that the disclosure is

- (i) desirable in the public interest for research or statistical purposes, or
- (ii) desirable in the interest of the proper administration of justice.

[Exception]

(2) Where a youth court has withheld the whole or a part of a report from any person pursuant to subsection 13(6) or 14(7), the report or part thereof shall not be made available to that person for inspection under subsection (1).

[Disclosure of information and copies of records]

(6) Any person to whom a record is required or authorized to be made available for inspection under this section may be given any information contained in the record and may be given a copy of any part of the record.

[Prohibition against disclosure]

46. (1) Except as authorized or required by this Act, no record kept pursuant to sections 40 to 43 may be made available for inspection, and no copy, print or negative thereof or information contained therein may be given, to any person where to do so would serve to identify the young person to whom it relates as a young person dealt with under this Act.

IV. Analysis

It is an important constitutional rule that the courts be open to the public and that their proceedings be accessible to all those who may have an interest. To this principle there are a number of important exceptions where the public interest in confidentiality outweighs the public interest in openness. This balance is dealt with explicitly in the relevant provisions of the *Young Offenders Act*, which must be interpreted in light of the Declaration of Principle set out in s. 3. These principles were described in *R. v. T. (V.)*, [1992] 1 S.C.R. 749, *per* L'Heureux-Dubé J., as "attempting to

k) toute autre personne, ou personne faisant partie d'une catégorie de personnes, que le juge du tribunal pour adolescents estime avoir un intérêt valable dans le dossier, selon la mesure qu'il autorise s'il est convaincu que la communication est:

- (i) souhaitable, dans l'intérêt public, pour des fins de recherche ou de statistiques,
- (ii) souhaitable dans l'intérêt de la bonne administration de la justice.

[Exception]

(2) Lorsque le tribunal pour adolescents a refusé en vertu des paragraphes 13(6) ou 14(7) de communiquer à une personne la totalité ou une partie d'un rapport, le paragraphe (1) ne permet pas à celle-ci d'y avoir accès aux fins de consultation.

[Communication de renseignements et copies]

(6) Les personnes à qui l'accès pour consultation à un dossier doit ou peut, en application du présent article, être accordé peuvent obtenir tous renseignements contenus dans le dossier ou tout extrait de celui-ci.

[Interdiction de communication]

46. (1) Sauf autorisation ou obligation prévue par la présente loi, il est interdit de donner accès pour consultation à un dossier tenu en application des articles 40 à 43 ou de remettre des reproductions, épreuves ou négatifs de celui-ci ou des renseignements qu'il contient lorsque l'accès ou la remise permettrait de constater que l'adolescent visé par le dossier fait l'objet de procédures prévues par la présente loi.

IV. Analyse

Il existe une règle constitutionnelle importante selon laquelle les tribunaux doivent être accessibles au public et leurs procédures, à tout intérêt. Ce principe comporte certaines exceptions importantes dans les cas où le droit du public à la confidentialité l'emporte sur le droit du public à l'accessibilité. Cet équilibre est expressément visé par les dispositions pertinentes de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui doit être interprétée selon la Déclaration de principes énoncée à l'art. 3. Dans l'arrêt *R. c. T. (V.)*, [1992] 1 R.C.S. 749, le juge L'Heureux-Dubé considère ces principes

achieve disparate goals” (p. 767). A certain ambivalence created by these disparate goals (or competing objectives) is inherent in the scheme of the Act itself, as L’Heureux-Dubé J. explained at p. 766, quoting Bala and Kirvan in *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice* (1991), at pp. 80-81:

It is apparent that there is a level of societal ambivalence in Canada about the appropriate response to young offenders. On the one hand, there is a feeling that adolescents who violate the criminal law need help to enable them to grow into productive, law-abiding citizens. . . . On the other hand, there is a widespread public concern about the need to control youthful criminality and protect society.

comme une «tentative [. . .] d’atteindre des objectifs essentiellement différents» (p. 767). Une certaine ambivalence créée par ces objectifs essentiellement différents (ou ces objectifs concurrents) est inhérente à l’esprit de la Loi elle-même, comme le juge L’Heureux-Dubé l’explique, à la p. 766, en citant Bala et Kirvan dans *The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice* (1991), aux pp. 80 et 81:

[TRADUCTION] Il est manifeste qu’il existe une certaine ambivalence dans la société quant à l’attitude à adopter envers les jeunes contrevenants. D’une part, on estime que les adolescents qui enfreignent les lois pénales ont besoin d’aide pour leur permettre de devenir des citoyens productifs et respectueux des lois [. . .] D’autre part, le souci de contrôler la criminalité juvénile et de protéger la société est aussi largement répandu dans l’opinion publique.

11 The non-disclosure provisions of the Act reflect this ambivalence. Confidentiality assists rehabilitation, but the safety of society must be protected, and those involved in the youth criminal justice system (or with the young offender in other settings) must be given adequate information on a “need-to-know” basis to do their jobs.

Les dispositions de la Loi interdisant la communication de renseignements reflètent cette ambivalence. La confidentialité facilite la réadaptation, mais il faut veiller à la sécurité de la société et donner aux intervenants du système de justice pénale applicable aux jeunes (ou aux intervenants auprès du jeune contrevenant à d’autres niveaux) suffisamment de renseignements, en fonction des besoins, pour leur permettre d’accomplir leur travail.

12 The youth courts are open to the public, and their proceedings are properly subject to public scrutiny. The confidentiality relates only to the “sliver of information” that identifies the alleged or convicted young offender as a person in trouble with the law. This narrow focus was emphasized in *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678 (H.C.), aff’d (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.), leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1986] 1 S.C.R. xiv. In that case, the media challenged the constitutionality of the publication ban and the Crown conceded an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but argued that the legislation was justified under s. 1 of the *Charter*. In upholding the constitutionality of the non-disclosure provision, Holland J. (whose reasons were

Les tribunaux pour adolescents sont accessibles au public et leurs procédures sont soumises à bon droit à l’examen du public. La confidentialité vise seulement la «parcelle d’information» qui identifie le jeune contrevenant, accusé ou déclaré coupable, en tant que personne ayant des démêlés avec la justice. Cette portée étroite est soulignée dans l’arrêt *Re Southam Inc. and The Queen* (1984), 48 O.R. (2d) 678 (H.C.), conf. par (1986), 53 O.R. (2d) 663 (C.A.), autorisation d’appel à la Cour suprême du Canada refusée, [1986] 1 R.C.S. xiv. Dans cette affaire, l’organe de presse contestait la constitutionnalité de l’interdiction de publication et le ministère public, qui admettait l’existence d’une violation de l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, prétendait que la loi était justifiée en vertu de l’article premier. Confirmant la constitutionnalité de l’interdiction de communiquer certains renseignements, le juge Holland (dont les

approved by MacKinnon A.C.J.O. on appeal pointed out, at p. 698, that:

Section 38(1) does not contain an absolute ban. . . . The press is entitled to be present (subject to s. 39(1)(a)) and can publish everything except the identity of a young person involved. Admittedly, there may be other information which the press cannot publish because it may tend to reveal the identity of a young person, but the essence of the provision is that the press is entitled to publish all details except one. Counsel for the Attorney-General of Canada termed the identification of the young person a “sliver of information”, and submitted that this is not an essential detail for the making of responsible judgment by a democratic electorate. . . .

This Court’s general approach to the Act was also affirmed in *R. v. M. (J.J.)*, [1993] 2 S.C.R. 421, where Cory J. observed that “the Act does specifically recognize that young offenders have special needs and require careful guidance. Each disposition should strive to recognize and balance the interests of society and young offenders” (p. 429). The non-disclosure provisions were amended in 1986 to “readjust the balance between the rights and interests of young persons and the interests of society by favouring more disclosure, albeit in limited circumstances”, *per* Prowse J.A. in *R. v. M. (E.H.B.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 535 (B.C.C.A.), at para. 49. The process of adjustment continues, with Bill C-3 (*The Youth Criminal Justice Act*) presently under consideration by Parliament.

A. *The Need for Confidentiality*

Stigmatization or premature “labelling” of a young offender still in his or her formative years is well understood as a problem in the juvenile justice system. A young person once stigmatized as a lawbreaker may, unless given help and redirection, render the stigma a self-fulfilling prophecy. In the long run, society is best protected by preventing

motifs sont approuvés par le juge en chef adjoint MacKinnon en appel) souligne ce qui suit à la p. 698:

[TRADUCTION] Le paragraphe 38(1) ne contient pas d’interdiction absolue [. . .] La presse a le droit d’être présente (sous réserve de l’al. 39(1)a)) et peut tout publier sauf l’identité de l’adolescent en cause. Il est vrai qu’il peut y avoir d’autres renseignements que la presse ne peut pas publier parce qu’ils sont de nature à révéler l’identité de l’adolescent, mais la disposition prévoit essentiellement que la presse a le droit de publier tous les détails à l’exception d’un seul. L’avocat du procureur général du Canada a qualifié l’identification de l’adolescent de «parcelle d’information» et a avancé qu’il ne s’agissait pas d’un détail essentiel pour qu’un électoral démocratique puisse se prononcer de façon éclairée. . .

La façon dont notre Cour aborde généralement la Loi se manifeste également dans l’arrêt *R. c. M. (J.J.)*, [1993] 2 R.C.S. 421, où le juge Cory fait remarquer que «la Loi reconnaît expressément que les jeunes contrevenants ont des besoins spéciaux et exigent conseils et assistance. Chaque décision devrait tenter de reconnaître et d’équilibrer les intérêts de la société et ceux des jeunes contrevenants» (p. 429). Les dispositions relatives l’interdiction de communiquer certains renseignements ont été modifiées en 1986 en vue de [TRADUCTION] «réajuster l’équilibre entre les droits et les intérêts des adolescents et les intérêts de la société en favorisant une plus grande communication, quoique dans des cas limités», le juge Prowse, de la Cour d’appel, dans l’arrêt *R. c. M. (E.H.B.)* (1996), 106 C.C.C. (3d) 535 (C.A.C.-B.), au par. 49. Le processus d’ajustement se poursuit avec le projet de loi C-3 (*Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*) actuellement à l’étude au Parlement.

A. *Le besoin de confidentialité*

Le système de justice pour les adolescents sait bien que la stigmatisation ou «l’étiquetage» prématuré d’un adolescent en période de développement est un problème. Il arrive que l’adolescent, une fois stigmatisé comme étant un malfaiteur, fasse en sorte que le stigmate devienne réalité, à moins de recevoir de l’aide et de la réorientation. À long

13

14

recurrence. Lamer C.J., in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, pointed out in another context that non-publication is designed to “maximize the chances of rehabilitation for ‘young offenders’” (p. 883). A concern about stigma was also emphasized by Rehnquist J. (as he then was) of the United States Supreme Court in *Smith, Judge v. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979), at pp. 107-8:

This insistence on confidentiality is born of a tender concern for the welfare of the child, to hide his youthful errors and “bury them in the graveyard of the forgotten past”. . . . The prohibition of publication of a juvenile’s name is designed to protect the young person from the stigma of his misconduct and is rooted in the principle that a court concerned with juvenile affairs serves as a rehabilitative and protective agency of the State. . . . Publication of the names of juvenile offenders may seriously impair the rehabilitative goals of the juvenile justice system and handicap the youths’ prospects for adjustment in society and acceptance by the public. [Citations omitted.]

15 In the same vein, Professor N. Bala, *Young Offenders Law* (1997), points out at p. 215:

Because of the history of protection of privacy, there is little Canadian experience with publication of identifying information about youths. However, available research from the United States, where some states have a more open juvenile court process and allow publication of the identity of adolescents before the courts, indicates that rehabilitation of young offenders can be significantly hindered if their identities are publicized. Publication increases a youth’s self-perception as an offender, disrupts the family’s abilities to provide support, and negatively affects interaction with peers, teachers, and the surrounding community. [Emphasis added; footnotes omitted.]

16 I should add that the importance of confidentiality in dealing with youthful offenders is recognized internationally, as set out in the *United Nations*

terme, la société est mieux protégée par la prévention de la récidive. Dans l’arrêt *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer souligne, dans un autre contexte, que la non-publication vise à «accroître au maximum les chances de réadaptation des ‘jeunes contrevenants’» (p. 883). Le juge Rehnquist, plus tard Juge en chef de la Cour suprême des États-Unis, exprime également la préoccupation relative à la stigmatisation dans *Smith, Judge c. Daily Mail Publishing Co.*, 443 U.S. 97 (1979), aux pp. 107 et 108:

[TRADUCTION] Cette insistence sur la confidentialité découle d’une préoccupation bienveillante pour le bien-être de l’enfant et de la volonté de lui permettre de cacher ses erreurs de jeunesse et «de les enfouir dans le cimetière du passé oublié». . . . L’interdiction de publication du nom d’un mineur vise à protéger ce dernier contre le stigmate résultant de sa mauvaise conduite et tire sa source du principe que le tribunal examinant des affaires relatives aux mineurs sert d’organisme étatique de réadaptation et de protection. . . . La publication du nom des jeunes contrevenants est susceptible de nuire gravement à l’atteinte de l’objectif de réadaptation du système de justice pour les adolescents et de réduire la possibilité des jeunes de réintégrer la société et d’être acceptés par le public. [Références omises.]

Dans la même veine, le professeur N. Bala, *Young Offenders Law* (1997), souligne ce qui suit (à la p. 215):

[TRADUCTION] En raison de la protection traditionnelle de la vie privée, peu de cas de publication de renseignements permettant l’identification de jeunes se sont produits au Canada. Aux États-Unis, cependant, où certains États ont un processus judiciaire plus accessible relativement aux mineurs et permettent la publication de l’identité des adolescents qui comparaissent devant les tribunaux, les recherches indiquent que la publication de l’identité des jeunes contrevenants peut nuire considérablement à leur réadaptation. La publication accroît la perception d’un jeune qu’il est un contrevenant, nuit à la capacité de la famille de lui apporter de l’aide et affecte ses relations avec ses pairs, ses professeurs et la collectivité qui l’entoure. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

Je dois ajouter que l’importance de la confidentialité dans le cas des jeunes contrevenants est reconnue mondialement, comme l’indique

Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (“Beijing Rules”) adopted by General Assembly Resolution A/RES/40/33 of November 29, 1985, supported by Canada, which includes the following provisions in Rule 8:

- 8.1 The juvenile’s right to privacy shall be respected at all stages in order to avoid harm being caused to her or him by undue publicity or by the process of labelling.
- 8.2 In principle, no information that may lead to the identification of a juvenile offender shall be published.

The problem of premature “labelling” was well understood in the Ontario case of *Southam, supra*, where the court went on to say, at p. 697, that:

The aim of s. 38(1) and s. 39(1)(a) is the protection of young people from harmful effects which publicity may have on them. A corollary to this is the protection of society, since, on the evidence of the experts, most young offenders are one-time offenders only and, the less harm brought upon them from their experience with the criminal justice system, the less likely they are to commit further criminal acts.

B. *Protecting the Public*

The scheme of the Act does not attempt to achieve rehabilitation of the offender at the expense of public safety. This Court has had occasion recently to express particular concern about safety in the schools in *R. v. M. (M.R.)*, [1998] 3 S.C.R. 393, *per* Cory J., at para. 3:

... it is essential that school authorities be able to react swiftly and effectively when faced with a situation that could unreasonably disrupt the school environment or jeopardize the safety of the students. Schools today are faced with extremely difficult problems which were unimaginable a generation ago. Dangerous weapons are appearing in schools with increasing frequency. There is as well the all too frequent presence at schools of illicit drugs. These weapons and drugs create problems that are grave and urgent.

l’Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l’administration de la justice pour mineurs («Règles de Beijing») adoptées le 29 novembre 1985 par l’Assemblée générale dans sa résolution A/RES/40/33, qui a été appuyée par le Canada et qui comporte les dispositions suivantes à sa règle 8:

- 8.1 Le droit du mineur à la protection de sa vie privée doit être respecté à tous les stades afin d’éviter qu’il ne lui soit causé du tort par une publicité inutile et par la qualification pénale.
- 8.2 En principe, aucune information pouvant conduire à l’identification d’un délinquant juvénile ne doit être publiée.

Le problème de «l’étiquetage» prématuré est bien compris dans l’affaire ontarienne *Southam*, précitée, où la cour ajoute ce qui suit (à la p. 697):

[TRADUCTION] Le but visé par le par. 38(1) et par l’al. 39(1)a) est la protection des jeunes contre les effets préjudiciables que la publicité peut avoir sur eux. Le corollaire en est la protection de la société puisque, selon la preuve d’experts, la plupart des jeunes contrevenants ne commettent qu’une infraction et que moins le système de justice pénale leur cause préjudice, moins ils sont susceptibles de commettre d’autres actes criminels.

B. *La protection du public*

L’objet de la Loi n’est pas la réadaptation du contrevenant aux dépens de la sécurité du public. Notre Cour a récemment eu l’occasion de manifester sa préoccupation particulière au sujet de la sécurité dans les écoles dans l’arrêt *R. c. M. (M.R.)*, [1998] 3 R.C.S. 393, le juge Cory, au par. 3:

... il est essentiel que les autorités scolaires puissent réagir avec célérité et efficacité à toute situation risquant déraisonnablement de perturber l’environnement scolaire ou de compromettre la sécurité des élèves. Les écoles d’aujourd’hui sont confrontées à des problèmes extrêmement difficiles qui étaient inimaginables il y a une génération. L’introduction d’armes dangereuses dans les écoles est un phénomène grandissant auquel s’ajoute la présence trop fréquente de drogues illicites, ce qui est source de problèmes graves et urgents.

17

18

The Act creates two distinct but mutually reinforcing regimes to control information about a young offender.

La Loi établit donc deux régimes distincts, qui se renforcent toutefois mutuellement, pour contrôler les renseignements concernant les jeunes contrevenants.

19 The first set of provisions commences at s. 38(1) with a general prohibition that “no person shall publish by any means any report” (emphasis added) identifying a young offender with an offence or proceeding under the Act. The provision is headed “Protection of Privacy of Young Persons”. It then establishes a series of exceptions to the general rule, which have generally been given a restrictive interpretation: see *Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [1996] O.J. No. 2218 (QL) (Div. Ct.); *R. v. N. (K.)* (1989), 51 C.C.C. (3d) 404 (Man. Prov. Ct.); *R. v. A.M.M.*, [1994] O.J. No. 1178 (QL) (Prov. Div.); *Scarlett Heights Collegiate Institute v. K.M.*, [1995] O.J. No. 3750 (QL) (Prov. Div.), at para. 6.

Le premier ensemble de dispositions commence au par. 38(1) par une interdiction générale, selon laquelle «il est interdit de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu» (je souligne) permettant de lier un jeune contrevenant à une infraction ou à des procédures prévues par la Loi. Ces dispositions s’intitulent «Protection de la vie privée des adolescents». Elles établissent une gamme d’exceptions à la règle générale qui reçoivent généralement une interprétation restrictive: voir *Ontario (Solicitor General) c. Ontario (Information and Privacy Commissioner)*, [1996] O.J. No. 2218 (QL) (C. div.); *R. c. N. (K.)* (1989), 51 C.C.C. (3d) 404 (C. prov. Man.); *R. c. A.M.M.*, [1994] O.J. No. 1178 (QL) (C. prov.); *Scarlett Heights Collegiate Institute c. K.M.*, [1995] O.J. No. 3750 (QL) (C. prov.), au par. 6.

20 The second regime applies to the maintenance and use of court records found in ss. 40 to 44. These provisions set out in considerable detail the type of records that may be kept, where they may be kept, and the circumstances in which they may be disclosed.

Le second régime s’applique à la tenue et à l’utilisation des dossiers judiciaires et est établi par les art. 40 à 44. Ces dispositions prévoient de façon très précise le genre de dossiers qui peuvent être conservés, l’endroit où ils peuvent l’être et les cas dans lesquels ils peuvent être communiqués.

21 Sections 40 to 44 are the more narrowly targeted regime. In the French version of the Act the word “record” is said to be equivalent to “dossier”, which suggests a greater level of formality and permanence as part of the court record than does the word “report”, which may cover informal communications that are more casual or transitory, or which may be directed to a purpose collateral to the court proceedings, such as information provided by a youth worker to a probation officer.

Les articles 40 à 44 ont une portée plus étroite. Dans la version française de la Loi, «record» est rendu par «dossier», ce qui indique un plus grand degré de formalisme et de permanence comme dossier judiciaire que le mot «compte rendu», qui peut viser des communications informelles plus routinières ou temporaires ou des fins accessoires aux procédures judiciaires, comme les renseignements fournis par le délégué à la jeunesse à l’agent de probation.

22 Section 38 is the broader prohibition, and is directed against any disclosure (“report”) linking the alleged offence or the hearing or other court proceeding with the identity of the alleged offender, the victim, or any young person who appears as a witness. The source of the information is not restricted to information derived from the court proceedings. These provisions set out the

L’article 38 est une interdiction plus générale et vise toute communication («compte rendu») liant l’infraction alléguée, l’audience ou toute autre procédure judiciaire à l’identité de l’accusé, de la victime et de tout adolescent comparaisant comme témoin. Les renseignements ne sont pas limités à ceux qui découlent de procédures judiciaires. Ces dispositions définissent la portée de l’interdiction.

scope of the ban. There is a series of exceptions, which I will come to momentarily.

C. The Distinction Between “A Report” and “A Record”

Much argument was directed here and in the courts below to the precise scope of the words “report” in s. 38 and “record” in s. 40. The idea seemed to be that if the document could be characterized as something other than a “record” or “report”, its contents could be disseminated free of statutory restrictions. I do not agree. While neither term is defined in the Act, etymological niceties ought not to be allowed to overwhelm the clear purpose expressed by Parliament to control publication of “the name of the young person, a child or a young person who is a victim of the offence or a child or a young person who appeared as a witness in connection with the offence, or . . . any information serving to identify such young person or child” (s. 38(1)).

It is scarcely plausible that Parliament intended to control publication of such information by way of a “report” but was quite prepared to have the same information disclosed to the public in an allegedly different vehicle called a communiqué, notification write-up, divulgation or, indeed, docket. What is important is not what the communication is called but the substance of what is communicated. The concern is with the message, not with the label applied to the medium of communication. The phrase “publish by any means any report” in s. 38(1) can therefore refer to something as formal as a government report or an article in a newspaper or as informal as court observers spreading gossip and innuendo: *Re Peel Board of Education and B* (1987), 59 O.R. (2d) 654 (H.C.), at p. 659.

The same purposive approach to definition should be applied to “record” in ss. 40 to 46. A preference for substance over formalism is consistent with the background paper published by the Ministry of the Solicitor General of Canada in the wake of the ss. 40 to 46 amendments in 1986:

Il existe une gamme d’exceptions, que j’aborderai sous peu.

C. La différence entre un «compte rendu» et un «dossier»

Beaucoup d’arguments ont été présentés auprès de notre Cour et des cours d’instance inférieure au sujet de la portée exacte de «compte rendu», à l’art. 38, et de «dossier», à l’art. 40. Il semble en ressortir que, si le document peut être qualifié d’autre chose que de «dossier» ou de «compte rendu», son contenu peut être diffusé sans restriction légale. Je ne suis pas d’accord. Bien que ces mots ne soient pas définis dans la Loi, on ne doit pas permettre que des subtilités étymologiques l’emportent sur le but clairement exprimé par le législateur, qui est de contrôler la diffusion «du nom de l’adolescent, de celui d’un enfant ou d’un adolescent victime de l’infraction ou appelé à témoigner à l’occasion de celle-ci ou [de] tout renseignement permettant d’établir l’identité de cet adolescent ou enfant» (par. 38(1)).

Il est très peu plausible que le législateur ait voulu interdire la diffusion de ces renseignements par voie de «compte rendu» mais qu’il ait été prêt à ce que les mêmes renseignements soient communiqués au public par le moyen soi-disant différent du communiqué, de l’avis descriptif, de la divulgation ou même du rôle. Ce n’est pas le nom donné à la communication qui importe, mais son contenu. C’est le message qui pose problème, pas le genre de moyen de diffusion. L’expression «diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu», au par. 38(1), peut donc se rapporter à quelque chose d’aussi officiel qu’un rapport gouvernemental ou un article de journal ou à quelque chose d’aussi informel que les commérages et insinuations venant des observateurs à la cour: *Re Peel Board of Education and B* (1987), 59 O.R. (2d) 654 (H.C.), à la p. 659.

Il faut également définir «dossier», aux art. 40 à 46, en fonction de l’objet visé. La préférence pour le fond plutôt que pour le formalisme est conforme au document de travail publié par le ministre du Solliciteur général du Canada à la suite des modifications apportées aux art. 40 à 46 en 1986: *La*

23

24

25

Record-keeping under the Young Offenders Act: A Guide (1986). After providing some general insight into the changes made to the disclosure provisions, the department's view is summarized at p. 9, as follows:

In light of these governing considerations [the principles set out in s. 3 of the Act], the new provisions cover one type of document only. The only documents that are subject to any special consideration are those connecting the young person with proceedings under the Act; those identifying only the young person, or, for example, only the offence are not subject to any such consideration. The introduction of this distinction permits some flexibility in records management: records can be maintained and used for many reasons. The key consideration is the avoidance of adverse and unnecessary prejudice arising from a criminal allegation or conviction. [Underlining added; italics in original.]

And at pp. 12-13 of the same publication, the following remarks regarding the absence of a definition of the term "record" are apposite:

No definition is necessary in view of the offence contained in section 46. It is not the origin of the record as a whole but rather the particular content of the documents contained in the record which will affect records management practices. The critical question when categorizing a record is: is the record one that connects the young person to proceedings under the Act, e.g. the offence? . . . [A]ny court material identifying the individual and simultaneously revealing that he or she has been dealt with as a young offender is a record subject to the Act. In this regard, it is worth noting that the manner of disclosing a document, as well as its specific content, could serve to identify an individual as an offender. [Emphasis added.]

The department's statement that "[n]o definition [of record] is necessary in view of the offence contained in section 46" warrants reproduction here of that section:

46. (1) Except as authorized or required by this Act, no record kept pursuant to sections 40 to 43 may be made available for inspection, and no copy, print or negative thereof or information contained therein may be given, to any person where to do so would serve to identify the young person to whom it relates as a young person dealt with under this Act. [Emphasis added.]

tenué des dossiers en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants: un guide (1986). Après avoir fourni certaines explications générales sur les modifications apportées aux dispositions relatives à la communication, le document résume ainsi l'opinion du ministère (à la p. 10):

Dans le cadre de ces principes directeurs [les principes énoncés à l'art. 3 de la Loi], une seule catégorie de documents est visée par les nouvelles dispositions. Seuls les documents qui relient l'adolescent à une instance en vertu de la loi sont assujettis à une considération spéciale, et non ceux qui n'identifient que l'adolescent ou que l'infraction. Cette distinction permet une certaine latitude dans la gestion des dossiers: ceux-ci peuvent être tenus et utilisés pour plusieurs raisons; la considération principale est d'empêcher tout préjudice défavorable et inutile résultant d'une allégation ou d'une condamnation à titre criminel. [En italique dans l'original; je souligne.]

Les observations suivantes relatives à l'absence de définition de «dossier», aux pp. 13 et 14 de la même publication, sont pertinentes:

Si l'on tient compte de l'infraction visée à l'article 46, la définition ne s'impose pas: ce n'est pas l'origine de l'ensemble du dossier qui peut modifier les pratiques de gestion, mais plutôt le contenu des documents du dossier auquel on devra porter une attention particulière. La question primordiale à se poser lorsqu'il s'agit de classer un dossier est la suivante: s'agit-il d'un dossier qui relie l'adolescent à des procédures prises dans le cadre de la loi, telle que l'infraction? [. . .] [T]out document d'un tribunal qui identifie la personne et qui révèle également qu'elle a été jugée comme jeune contrevenant constitue un dossier assujetti à la loi. À cet égard, il importe de signaler que la façon de communiquer un document, de même que son contenu précis, peut aider à identifier quelqu'un comme contrevenant. [Je souligne.]

En raison de la déclaration du ministère que «[s]i l'on tient compte de l'infraction visée à l'article 46, la définition [de dossier] ne s'impose pas», il y a lieu de reproduire cet article ci-après:

46. (1) Sauf autorisation ou obligation prévue par la présente loi, il est interdit de donner accès pour consultation à un dossier tenu en application des articles 40 à 43 ou de remettre des reproductions, épreuves ou négatifs de celui-ci ou des renseignements qu'il contient lorsque l'accès ou la remise permettrait de constater que l'adolescent visé par le dossier fait l'objet de procédures prévues par la présente loi. [Je souligne.]

This explanation by the department is not of course binding, but it is helpful confirmation of what appears evident on the face of the Act. Specifically, it confirms that the nub of the statutory non-disclosure provisions taken as a whole is the avoidance of unauthorized disclosure of a document that links the identity of the young person with a charge, proceeding or disposition under the Act.

The interpretive exercise is therefore not directed at some formal classification of documents, but at the nature of the information. Specifically, does the document create a link between the identity of a young person and an (alleged) offence or hearing under the Act? The further question, whether the document is a “record” or a “report”, seems to depend largely on its source. On a reading of ss. 40 to 46 as a whole, it appears that a record within the meaning of those provisions includes two characteristics: firstly, it will “serve to identify the young person to whom it relates as a young person dealt with under [the] Act” (s. 46). Secondly, it records information kept by a youth court (unless the matter is transferred to adult court) or review board (s. 40) or kept by the police (s. 41) or by a government agency for purposes related to the juvenile justice system (s. 43) or kept by another organization or person involved in “alternative measures” (s. 43) or other disposition under the Act. Information in the hands of persons not mentioned in ss. 40 to 46 that discloses the confidential link between the alleged offender to the offence or a hearing is better considered a “report” to be dealt with under s. 38.

In either case, where the prohibited link is not made, the ban does not apply. Thus, decisions of youth courts that neither name nor otherwise identify the young offender are routinely issued without running afoul of the non-disclosure scheme:

Cette explication du ministère n’a évidemment pas force obligatoire, mais c’est une confirmation utile de ce qui se dégage clairement de la Loi. En particulier, elle confirme que, prises dans leur ensemble, les dispositions relatives à l’interdiction de communication de renseignements visent essentiellement à éviter la communication non autorisée de tout document liant l’identité de l’adolescent à une accusation, une instance ou une décision prise en vertu de la Loi.

L’exercice d’interprétation ne vise donc pas la classification formelle des documents, mais la nature des renseignements. En particulier, le document crée-t-il un lien entre l’identité de l’adolescent et une infraction (alléguée) ou une audience en application de la Loi? L’autre question, soit celle de savoir si le document est un «dossier» ou un «compte rendu», semble dépendre en grande partie de la source de ce document. Il ressort des art. 40 à 46 dans leur ensemble qu’un dossier au sens de ces dispositions comporte deux caractéristiques: premièrement, il «permettrait de constater que l’adolescent visé par le dossier fait l’objet de procédures prévues par la présente loi» (art. 46); deuxièmement, il contient des renseignements conservés par un tribunal pour adolescents — à moins que le dossier n’ait été transféré à un tribunal pour adultes — ou une commission d’examen (art. 40), par la police (art. 41), par un organisme public à des fins liées au système de justice pour les adolescents (art. 43) ou par un autre organisme ou personne chargé de la mise en œuvre de «mesures de rechange» (art. 43) ou de l’application de toute autre décision prise en vertu de la Loi. Il est préférable de considérer les renseignements détenus par les personnes non mentionnées dans les art. 40 à 46 qui révèlent le lien confidentiel entre le présumé contrevenant et l’infraction ou une audience comme un «compte rendu» visé par l’art. 38.

Dans les deux cas, l’interdiction ne s’applique pas lorsque le lien interdit n’est pas fait. Par conséquent, des décisions des tribunaux pour adolescents qui ne nomment pas ni n’identifient d’une autre façon les jeunes contrevenants sont régulièrement rendues publiques sans que cela aille à l’encontre de l’objet visé, l’interdiction de communi-

26

27

28

see generally P. Platt, *Young Offenders Law in Canada* (2nd ed. 1995), at pp. 529-31.

D. *Nature of a Docket*

29 Anyone reading the docket in the Youth Court at St. John's necessarily would know that the young person is in trouble with the law, and the nature, though not the specifics, of the charge.

30 It is clear that a court could not function without advising alleged offenders, families, lawyers, alleged victims, witnesses and others which court they are directed to attend, at what time, and for what purpose. The *dossier* of each alleged offender necessarily includes a running record of appearances and the disposition on each occasion. The docket collects together in one place the pertinent information for each of the alleged offenders scheduled to appear before the court on the day in question. The disclosure links each of the youths to a specific offence and a hearing date. The date of appearances, and the disposition on each appearance, continue to be part of the youth's *dossier*. While the court docket, as a piece of paper, has a transient function, the information it contains is very much part of the court record, and its disclosure is prohibited unless the circumstances fall within the relevant exceptions set out in s. 44.1 of the Act.

E. *Application of the Section 44.1 Exceptions*

31 Accepting, therefore, that the docket itself should be considered a "record" within the meaning of ss. 40 to 46, the issue is whether, as the Crown contends, the statutory requirements for disclosure under s. 44.1 are met. The Governor in Council or the Lieutenant Governor in Council may by regulation, pursuant to s. 44.1(1)(h), designate "any person, or person within a class of persons" to have access to a report "for a purpose and to the extent specified", but as no such designation has been made here, the impugned practice of the Youth Court must find its authorization within one of the other statutory exceptions. The most promis-

quer certains renseignements: voir, de façon générale, P. Platt, *Young Offenders Law in Canada* (2^e éd. 1995), aux pp. 529 à 531.

D. *La nature d'un rôle*

Toute personne lisant le rôle du tribunal pour adolescents de St. John's serait nécessairement informée du fait que l'adolescent a des démêlés avec la justice de même que de la nature (quoique pas les détails) de l'accusation.

Il est évident qu'un tribunal ne pourrait pas fonctionner sans aviser les accusés, les familles, les avocats, les présumées victimes, les témoins et d'autres personnes du lieu, des jour et heure et de l'objet de la comparution. Le *dossier* de chaque accusé comporte nécessairement l'inscription à jour des comparutions et des décisions qui sont rendues à ces occasions. Le rôle rassemble à un endroit les renseignements pertinents concernant chaque accusé devant comparaître devant la cour à la date en question. La communication lie chaque adolescent à une infraction précise et à une date d'audience. Les dates de comparution ainsi que les décisions rendues lors de ces comparutions continuent de faire partie du dossier de l'adolescent. Bien qu'en tant que document le rôle de la cour ait une fonction temporaire, les renseignements qu'il contient font vraiment partie du dossier de la cour et leur communication est interdite sauf dans les cas pertinents prévus à l'art. 44.1 de la Loi.

E. *L'application des exceptions de l'art. 44.1*

Si on tient donc pour acquis que le rôle lui-même doit être considéré comme un «dossier» au sens des art. 40 à 46, la question est de savoir, comme la Couronne le fait valoir, si les exigences prescrites par l'art. 44.1 en matière de communication sont respectées. En vertu de l'al 44.1(1)h), le gouverneur en conseil ou le lieutenant-gouverneur en conseil peut désigner «toute personne, ou toute personne faisant partie d'une catégorie de personnes» pour qu'elle ait accès à des dossiers, afin de les consulter, «pour une fin déterminée et dans la mesure autorisée». Comme personne n'a été désigné, la pratique du tribunal pour adolescents

ing exemption, with appropriate emphasis, reads as follows:

[Records made available]

44.1 (1) Subject to subsections (2) and (2.1), any record that is kept pursuant to section 40 shall, and any record that is kept pursuant to sections 41 to 43 may, on request, be made available for inspection to

(k) any other person who is deemed, or any person within a class of persons that is deemed, by a youth court judge to have a valid interest in the record, to the extent directed by the judge, if the judge is satisfied that the disclosure is

(i) desirable in the public interest for research or statistical purposes, or

(ii) desirable in the interest of the proper administration of justice.

My view is that this provision is not properly invoked in this case. Firstly, s. 44.1(1)(k) permits disclosure only to someone “deemed, by the youth court judge to have a valid interest”, and then only “to the extent directed by the judge”. In the first place, the section requires judicial authorization. While the trial judge took the view that disclosure was authorized by a youth court judge sitting on the Youth Justice Concerns Committee, none of the parties has been able to produce a judicial order made in the appellant’s case, nor was there produced any “generic” judicial order made by a judge of the Youth Court purporting to authorize disclosure of specified information to a specified board or otherwise. Section 44.1(1)(k) is not satisfied by the sort of informal administrative practice followed in this case.

The Chief Judge of the Youth Court, in a letter dated January 16, 1996, to the Newfoundland Legal Aid Commission, explained the origin of the present administrative practice as follows. He said:

doit être fondée sur une autre exception légale. L’exemption la plus évidente, les passages pertinents étant soulignés, est ainsi libellée:

[Demande de communication]

44.1 (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (2.1), lorsqu’elles en font la demande, les personnes suivantes ont, pour le consulter, accès à tout dossier tenu en application de l’article 40 et peuvent avoir accès à tout dossier tenu en application des articles 41 à 43:

k) toute autre personne, ou personne faisant partie d’une catégorie de personnes, que le juge du tribunal pour adolescents estime avoir un intérêt valable dans le dossier, selon la mesure qu’il autorise s’il est convaincu que la communication est:

(i) souhaitable, dans l’intérêt public, pour des fins de recherche ou de statistiques,

(ii) souhaitable dans l’intérêt de la bonne administration de la justice.

J’estime que cette disposition n’est pas invoquée à bon droit en l’espèce. Premièrement, l’al. 44.1(1)(k) ne permet la communication qu’aux personnes «que le juge du tribunal pour adolescents estime avoir un intérêt valable» et uniquement «selon la mesure qu’il autorise». Tout d’abord, cette disposition exige l’autorisation d’un juge. Bien que le juge de première instance ait estimé que la communication était autorisée par un juge du tribunal pour adolescents siégeant au Youth Justice Concerns Committee, les parties n’ont pas pu produire d’ordonnance de la cour rendue dans l’affaire de l’appelant, ni d’ordonnance «type» rendue par un juge du tribunal pour adolescents, visant à autoriser la communication de renseignements particuliers à une commission scolaire donnée ou à tout autre établissement. Le genre de pratique administrative informelle suivie en l’espèce ne satisfait pas aux exigences de l’al. 44.1(1)(k).

Dans la lettre du 16 janvier 1996 qu’il a adressée à la commission d’aide juridique de Terre-Neuve, le juge en chef du tribunal pour adolescents explique ainsi l’origine de la pratique administrative actuelle:

32

33

The policy of making copies of the Youth Court docket available has been in effect for over two years. This decision was made after the [Youth Justice Concerns] Committee discussed issues of protection of staff, students, and property as well as truancy. Since school authorities, being *in loco parentis*, are involved with the rehabilitation of young offenders, the supervision of young people on probation and in the administration of youth justice in a broad, general way; they have a special status and an interest in those students who are before the court.

[TRADUCTION] La politique de donner accès à des copies du rôle du tribunal pour adolescents a cours depuis plus de deux ans. Cette décision a été prise après que le comité [Youth Justice Concerns] a discuté des questions relatives à la protection du personnel, des étudiants et des biens ainsi qu'à l'absentéisme scolaire. Étant donné que les autorités scolaires, tenant lieu de parents, s'occupent de la réadaptation des jeunes contrevenants, de la surveillance des jeunes en probation et de l'administration de la justice pour adolescents de façon générale, elles ont un statut particulier et un intérêt envers les étudiants qui se retrouvent devant les tribunaux.

34

In the second place, the discretion of the Youth Court judge to make available court records to persons deemed "to have a valid interest in the record" was limited in this case by the need for the judge to be satisfied that the disclosure to the school boards is "desirable in the interest of the proper administration of justice". A "valid interest" has been held to include institution of civil proceedings: *Re Smith and Clerk of Youth Court* (1986), 31 C.C.C. (3d) 27 (Ont. U.F. Ct.); and legal representation in youth court: *R. v. H.E.A.*, [1984] O.J. No. 707 (QL) (Prov. Ct. (Fam. Div.)); including legal representation of a co-accused: *Re T.I.* (1985), 13 W.C.B. 494 (N.S. Youth Ct.). I should add, parenthetically, that in *Person Unknown v. S. (M.)* (1986), 43 M.V.R. 306 (Ont. Prov. Ct. (Fam. Div.)), it was held that under the predecessor section "a broader notion of justice is involved, the proper administration of justice not being limited to the administration of the particular case but extending to the overall interests of society" (p. 312) (emphasis added). I think this is too broad. A control subject to such a broad exception would in effect be no control at all and would render superfluous many of the other restrictions and protections carefully written by Parliament into the Act.

En second lieu, le pouvoir discrétionnaire du juge du tribunal pour adolescents de donner accès aux dossiers de la cour aux personnes qu'il estime «avoir un intérêt valable dans le dossier» est limité en l'espèce du fait que le juge doit être convaincu que la communication aux commissions scolaires est «souhaitable dans l'intérêt de la bonne administration de la justice». Il est conclu que l'«intérêt valable» englobe aussi l'institution de procédures civiles: *Re Smith and Clerk of Youth Court* (1986), 31 C.C.C. (3d) 27 (C.U.F. Ont.); et la représentation par avocat devant le tribunal pour adolescents: *R. c. H.E.A.*, [1984] O.J. No. 707 (QL) (C. prov. (Div. fam.)), notamment la représentation par avocat d'un coaccusé: *Re T.I.* (1985), 13 W.C.B. 494 (Youth Ct. N.-É.). Je dois ajouter en passant que dans l'affaire *Person Unknown c. S. (M.)* (1986), 43 M.V.R. 306 (C. prov. Ont. (Div. fam.)), on a conclu qu'en vertu de la disposition antérieure, [TRADUCTION] «une vision plus large de la justice s'applique, la bonne administration de la justice n'étant pas limitée à l'administration de l'affaire en cause mais s'étendant à l'ensemble des droits de la société» (p. 312) (je souligne). J'estime que cela est trop large. Une interdiction assortie d'une exception aussi large équivaldrait en fait à l'absence totale d'interdiction et rendrait superflues bon nombre d'autres restrictions et protections soigneusement prévues dans la Loi par le législateur.

35

School boards do have a legitimate interest in knowing of members of its student body that could present a danger to themselves or others. The schools may well desire the information for their own purposes. (The letter of the Chief Judge, *supra*, identified one of the objectives as the con-

Les commissions scolaires ont un intérêt légitime à connaître quels étudiants sont susceptibles de constituer un danger pour eux-mêmes ou pour les autres. Les écoles peuvent fort bien désirer les renseignements pour leurs propres fins. (La lettre du juge en chef, précitée, mentionne que l'un des

trol of truancy, but this is not a purpose recognized as valid under the statutory scheme.) In my opinion, the school boards have not made a convincing case that their specific interest in the confidential information is related to the administration of justice as opposed to the administration of the schools.

Order and discipline in the schools are a very important consideration but Parliament's restrictions in s. 44.1(1)(k) have to be respected. In this case, they were not. In summary:

1. disclosure was not authorized by a judge;
2. distribution was not limited to the Board responsible for the appellant's school. The recipient board must have a valid interest in the record relating to the young person; and
3. the information was distributed for school purposes and not for purposes related to the administration of justice.

The respondent also argued the applicability of the exception contained in s. 44.1(1)(g), asserting that a school board is an "agency of a government . . . engaged in the supervision or care of the young person". I do not think that this section assists the respondent either.

A reading of s. 44.1(1)(g) as a whole shows a focus generally on the purposes of diversion, sentencing or parole. This focus suggests that the type of government agency contemplated by s. 44.1(1)(g) is an agency involved in the youth justice system and responsible in that context for the supervision or care of the young person who is in trouble with the law. There is no suggestion in the evidence that such "agency" responsibilities have been conferred generally on school boards. Schools do, of course, have concerns related to the justice system, and the phrase "supervision or care of a young person" also appears in what the parties called "the school board section", s. 38(1.13), discussed below. In s. 38(1.13), the disclosure of information is restricted to the specific purposes of compliance and safety of persons. In light of the

objectifs est le contrôle de l'absentéisme scolaire, mais ce n'est pas là un objectif valable selon l'esprit de la loi.) À mon avis, les commissions scolaires n'ont pas démontré de façon convaincante que leur intérêt particulier dans les renseignements confidentiels était lié à l'administration de la justice plutôt qu'à l'administration des écoles.

L'ordre et la discipline dans les écoles sont des considérations très importantes, mais les restrictions prévues par le législateur à l'al. 44.1(1)(k) doivent être respectées, ce qui n'a pas été fait en l'espèce. En résumé:

1. La communication n'est pas autorisée par un juge.
2. La diffusion ne se limite pas à la commission scolaire dont relève l'école de l'appelant. Il faut que la commission scolaire ait un intérêt valable dans le dossier de l'adolescent.
3. Les renseignements demandés sont pour les besoins de l'école et n'ont rien à voir avec l'administration de la justice.

L'intimée a également invoqué l'applicabilité de l'exception prévue par l'al. 44.1(1)(g), affirmant qu'une commission scolaire est «un organisme fédéral ou provincial chargé [. . .] de surveiller l'adolescent ou de s'en occuper». J'estime que cette disposition n'aide pas non plus l'intimée.

L'interprétation de l'al. 44.1(1)(g) dans son ensemble démontre que celui-ci porte, de façon générale, sur la déjudiciarisation, la détermination de la peine et la libération conditionnelle. Cela indique que le type d'organisme public visé par l'al. 44.1(1)(g) est un organisme ayant un rôle à jouer dans le système de justice applicable aux jeunes et chargé à ce titre de surveiller l'adolescent ayant des démêlés avec la justice ou de s'en occuper. Rien dans la preuve n'indique que de telles responsabilités propres à un «organisme» aient été conférées dans l'ensemble aux commissions scolaires. Les écoles ont évidemment des préoccupations liées au système de justice, et l'expression «surveiller l'adolescent ou [. . .] s'en occuper» figure également dans ce que les parties appellent «la disposition relative à la commission scolaire»,

36

37

38

limitations that restrict quite tightly disclosure under s. 38(1.13), Parliament cannot have intended in s. 44.1(1)(g) to authorize general disclosure of the same information to school boards free of such restrictions.

39 Despite these statutory limits on the permissible *inspection* of court records, I am of the view that distribution of *relevant* information contained in the docket – an edited docket as it were – can properly be considered as the publication of a “report” under s. 38, and dealt with as an exception under that heading.

F. *The Application of the Section 38 “Report” Regime*

40 The appellant also claims that the information set out in the docket is protected under s. 38 which imposes a general publication ban on any “report” of any offence or hearing concerning a young person in which the name of the young person or any information serving to identify the young person is disclosed.

41 In effect, the appellant argues that not only is distribution of the docket itself prohibited by ss. 40 to 46, but information derived from the docket (e.g., secondary publication) that would link the alleged (or convicted) offender to the offence or to the hearing is also prohibited by s. 38.

42 Section 38 creates a general publication ban to which there are enumerated statutory exceptions. The key words of the prohibition are introduced by the words “no person shall publish by any means any report” (emphasis added). I have already mentioned that the word “report” does not create a formal limitation inconsistent with the policy of confidentiality and rehabilitation. The word “publish” requires a similarly purposive interpretation. In the context of the Act, “publish” includes disclosure of

par. 38(1.13), abordée plus loin. Selon ce paragraphe, la communication de renseignements vise uniquement à faire en sorte que les décisions du tribunal soient respectées et à assurer la sécurité des personnes. Vu les sévères restrictions qui y sont imposées à la communication, le législateur ne peut pas avoir eu l’intention, à l’al. 44.1(1)(g), d’autoriser la communication générale des mêmes renseignements aux commissions scolaires sans ces restrictions.

Malgré les restrictions prévues par la loi relativement à la *consultation* permise des dossiers de la cour, j’estime que la diffusion des renseignements *pertinents* que contient le rôle — il s’agit d’un rôle modifié — peut être considérée à bon droit comme la publication d’un «compte rendu» au sens de l’art. 38 et comme une des exceptions prévues à ce titre.

F. *L’application du régime relatif au «compte rendu» de l’art. 38*

L’appelant prétend également que les renseignements indiqués dans le rôle sont protégés en vertu de l’art. 38, qui impose l’interdiction générale de publier le «compte rendu» de toute infraction ou audience relative à un adolescent dans lequel le nom de ce dernier ou tout renseignement permettant son identification est divulgué.

L’appelant prétend en fait que non seulement la diffusion du rôle lui-même est-elle interdite par les art. 40 à 46, mais que la communication de renseignements découlant du rôle (p. ex., la publication secondaire) qui sont susceptibles de lier l’adolescent accusé ou déclaré coupable à l’infraction ou à l’audience est également interdite par l’art. 38.

L’article 38 crée une interdiction générale de publication assortie d’exceptions prévues par la loi. Les mots clés de l’interdiction sont introduits par «il est interdit de diffuser, par quelque moyen que ce soit, le compte rendu» (je souligne). J’ai déjà mentionné que le terme «compte rendu» ne créait pas une restriction formaliste incompatible avec la politique de confidentialité et de réadaptation. Il faut interpréter aussi le mot «diffuser» en fonction de l’objet visé. Dans le contexte de la Loi,

the controlled information to the community or any part thereof not authorized to receive it. In the context of this appeal, publication includes sharing the controlled information with the school unless one of the exceptional circumstances identified in s. 38 is satisfied.

1. Use of the Docket in the Youth Court

The docket is clearly required for the proper functioning of the courts. Preparation and disclosure of the relevant information to individuals having business with the Youth Court itself are not only permitted under s. 44.1 but are also supported under s. 38(1.1) which permits “disclosure of *information* in the course of the administration of justice . . . where it is not the purpose of the disclosure to make the information known in the community” (emphasis added). To achieve its purposes, however, the information need only be disclosed to persons engaged in the administration of justice including court officials, witnesses and young people involved with the law, and for that purpose there is no need to distribute the information to school boards. In fact, we are told that the Youth Court staff in St. John’s does not post the docket on a bulletin board as is done in adult court, but makes it available “for inspection” to those who seek out the information.

2. Distribution of the Docket to School Boards

The respondents argue that even if distribution of the docket itself to school boards does not come within the exception for court “records”, the information on the docket may still be distributed to school boards under:

- a. the “administration of justice” exception in s. 38(1.1);
- b. the “school board” exception under s. 38(1.13).

«diffuser» comprend la communication de renseignements protégés à une collectivité ou à une partie d’une collectivité qui n’est pas autorisée à les recevoir. Dans le cadre du présent pourvoi, la publication comprend le partage de tels renseignements avec l’école, sauf dans les cas exceptionnels prévus par l’art. 38.

1. L’utilisation du rôle au tribunal pour adolescents

Le rôle est manifestement nécessaire au bon fonctionnement des tribunaux. La préparation du rôle et la communication des renseignements pertinents à des personnes ayant à faire avec le tribunal pour adolescents lui-même sont non seulement autorisées par l’art. 44.1, mais s’appuient également sur le par. 38(1.1), qui permet «la communication de *renseignements* dans le cours de l’administration de la justice [. . .] si la communication ne vise pas à renseigner la collectivité» (italiques ajoutés). Toutefois, pour qu’ils servent à leurs fins, il suffit de communiquer les renseignements aux personnes chargées de l’administration de la justice, notamment les fonctionnaires de la cour, les témoins et les adolescents ayant des démêlés avec la justice; il n’est pas nécessaire de communiquer les renseignements aux commissions scolaires. En fait, on nous dit que le personnel du tribunal pour adolescents de St. John’s n’affiche pas le rôle sur le tableau d’affichage comme c’est le cas pour les tribunaux pour adultes, mais y donne accès aux intéressés «pour le consulter».

2. La diffusion du rôle aux commissions scolaires

Les intimées prétendent que même si la diffusion du rôle aux commissions scolaires n’est pas visée en soi par l’exception relative aux «dossiers» de la cour, les renseignements figurant sur le rôle peuvent néanmoins être diffusés aux commissions scolaires en vertu:

- a. de l’exception relative à l’«administration de la justice» au par. 38(1.1);
- b. de l’exception relative à la «commission scolaire» au par. 38(1.13).

a. *The “Administration of Justice” Exception*

a. *L’exception relative à «l’administration de la justice»*

45 Section 38(1.1) provides that the general prohibition against disclosure

Selon le paragraphe 38(1.1), l’interdiction générale de communication

does not apply in respect of the disclosure of information in the course of the administration of justice including, for greater certainty, the disclosure of information for the purposes of the *Firearms Act* and Part III of the *Criminal Code*, where it is not the purpose of the disclosure to make the information known in the community. [Emphasis added.]

ne s’applique pas relativement à la communication de renseignements dans le cours de l’administration de la justice — notamment pour l’application de la *Loi sur les armes à feu* et de la partie III du *Code criminel* —, si la communication ne vise pas à renseigner la collectivité. [Je souligne.]

46 The Newfoundland Court of Appeal considered that the expression the “administration of justice” was broad enough to include circulation to the school boards. I do not think that such a broad view can be supported by the text. It is possible that on occasion a school board would be implicated in a particular case with the apprehension of an accused, the disposition of a charge against a young person or the oversight of probation conditions. However, as stated above, the school board is not involved generally in the administration of justice. The distinction is I think clear in the description of Steele J.A. of the way in which the docket information is handled at the school board (at para. 19):

La Cour d’appel de Terre-Neuve a conclu que l’expression «l’administration de la justice» était assez large pour viser la distribution aux commissions scolaires. J’estime que le texte de la loi ne peut pas appuyer une interprétation aussi large. Il est possible que, dans un cas donné, une commission scolaire intervienne dans l’arrestation d’un accusé, dans la décision relative à l’accusation portée contre un adolescent ou dans la vérification du respect des conditions de la probation. Toutefois, comme on le dit plus haut, la commission scolaire ne s’occupe généralement pas de l’administration de la justice. À mon avis, cette distinction ressort de la description faite par le juge Steele, de la Cour d’appel, de la manière dont les renseignements contenus dans le rôle sont traités à la commission scolaire (au par. 19):

... the affidavits of Ann Murray and Donna McLennon distinctly state that in reviewing the contents of the docket they look for “charges of serious offences including sexual offences, assault, arson, narcotics and weapons offences”. The intent is to ascertain and identify students that are or have the potential to be dangerous and likely to jeopardize the safety of staff, students, or other persons, as the case may be.

[TRADUCTION]... les affidavits de Ann Murray et Donna McLennon indiquent expressément que, lorsqu’elles examinent le contenu du rôle, elles recherchent les «accusations relatives aux infractions graves, notamment les infractions en matière sexuelle, les voies de fait, l’incendie criminel ainsi que les infractions relatives aux stupéfiants et aux armes». Le but est de vérifier l’existence et l’identité d’étudiants qui sont dangereux ou qui sont susceptibles de l’être et qui risquent fort de compromettre la sécurité du personnel, des étudiants ou de toute autre personne, selon le cas.

In my view, under the administrative practice at issue in this appeal, school boards are provided with Youth Court information for *school board* purposes, which include not only safety but the truancy issue already referred to in the letter of the Chief Judge previously quoted. The general distribution of dockets for such a purpose cannot be

Je suis d’avis que la pratique administrative en cause dans le présent pourvoi a pour effet de fournir aux commissions scolaires, pour leurs besoins, des renseignements provenant du tribunal pour adolescents, notamment non seulement pour la sécurité mais également pour la question l’absentéisme scolaire, mentionnée dans la lettre précitée

supported on the basis of the “administration of justice” exception.

Finally, it would be curious to allow the school board to obtain information under s. 38(1.1) under less stringent constraints than would be applicable under s. 38(1.13), where the “school board” is specifically mentioned, and where transmitted information is explicitly limited as to purpose and made subject to strict security (s. 38(1.14)) to prevent disclosure “to any other person unless the disclosure is necessary for a purpose referred to in [s. 38(1.13)]”. The non-disclosure regime applicable to s. 38(1.1) is less stringent.

b. *The “School Board” Exception*

Section 38(1.13), referred to in argument as “the school board section”, permits disclosure of information to the representative of any school board or school where disclosure is necessary either to ensure compliance by the young person with a court order or to ensure the safety of staff, students or other persons. It is formulated in relevant part (with emphasis added) as follows:

(1.13) Subsection (1) [i.e., the prohibition] does not apply in respect of the disclosure of information to any professional or other person engaged in the supervision or care of a young person, including the representative of any school board or school or any other educational or training institution,

by the provincial director, a youth worker, a peace officer or any other person engaged in the provision of services to young persons

where the disclosure is necessary

(a) to ensure compliance by the young person with an authorization pursuant to section 35 or an order of any court concerning bail, probation or conditional supervision; or

du juge en chef. La diffusion générale des rôles à cette fin ne peut pas se fonder sur l’exception relative à «l’administration de la justice».

Enfin, il serait curieux de permettre à la commission scolaire d’obtenir des renseignements en vertu du par. 38(1.1) selon des conditions moins rigoureuses que celles qui s’appliqueraient en vertu du par. 38(1.13); celui-ci mentionne expressément la «commission scolaire» et limite la communication des renseignements à des fins précises, selon des conditions strictes (par. 38(1.14)) pour prévenir leur communication «à moins [qu’elle] ne soit nécessaire à l’une des fins mentionnées [au par. 38(1.13)]». L’interdiction de la communication de renseignements applicable au par. 38(1.1) est moins rigoureuse.

b. *L’exception relative à la «commission scolaire»*

Le paragraphe 38(1.13), qualifié au cours des plaidoiries de «disposition relative à la commission scolaire», permet la communication de renseignements au représentant de toute commission scolaire ou école si la communication est nécessaire pour faire en sorte que l’adolescent se conforme à une ordonnance judiciaire ou pour assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d’autres personnes. Les parties pertinentes de ce paragraphe sont ainsi libellées (avec soulignement ajouté):

(1.13) Le paragraphe (1) [c.-à-d., l’interdiction] ne s’applique pas à la communication de renseignements faite

par un directeur provincial, un délégué à la jeunesse, un agent de la paix ou toute autre personne qui fournit des services aux adolescents

lorsqu’elle est destinée à un professionnel ou toute autre personne chargée de surveiller l’adolescent ou de s’en occuper, notamment au représentant d’une commission scolaire, d’une école ou de tout autre établissement d’enseignement ou de formation, en vue:

a) de faire en sorte que l’adolescent se conforme à toute décision rendue par un tribunal relativement à sa mise en liberté, à sa probation, à sa liberté sous condition ou à toute autorisation visée à l’article 35;

47

48

(b) to ensure the safety of staff, students or other persons, as the case may be.

b) d'assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d'autres personnes, selon le cas.

49

The restrictions can be summarized thus. Firstly, the disclosure under s. 38(1.13) must be by one of certain enumerated persons including the provincial director, a youth worker, a peace officer, "or any other person engaged in the provision of services to young persons". I think it is stretching a point to say that the Youth Court administrators are "engaged in the provision of services to young persons". The other persons enumerated in s. 38(1.13) do have access to the docket information, but none of these people undertook the distribution to the school boards in this case.

On peut donc résumer ainsi les restrictions. Premièrement, la communication prévue par le par. 38(1.13) doit être faite par l'une des personnes énumérées, notamment le directeur provincial, un délégué à la jeunesse, un agent de la paix «ou toute autre personne qui fournit des services aux adolescents». J'estime qu'il est exagéré de dire que les administrateurs du tribunal pour adolescents «fournissent] des services aux adolescents». Les autres personnes énumérées au par. 38(1.13) ont accès aux renseignements contenus dans le rôle, mais aucune d'elles ne les a diffusés aux commissions scolaires en l'espèce.

50

Secondly, disclosure is limited to the school board or school engaged in the supervision or care of the young person in question. The practice of the Youth Court to send the dockets to *both* school boards in the St. John's area necessarily includes a school board other than the particular school board charged with the care and education of the young person in question. In fact under the present arrangement it is quite possible that *none* of the recipient school boards would have any responsibility for a particular young offender on the docket, e.g., the young offender could be from outside the area of St. John's, or have left school altogether.

Deuxièmement, la communication est limitée à la commission scolaire ou école chargée de surveiller l'adolescent en question ou de s'en occuper. La pratique du tribunal pour adolescents d'envoyer les rôles aux *deux* commissions scolaires de la région de St. John's vise nécessairement une commission scolaire autre que celle chargée de s'occuper de l'adolescent en question et de l'instruire. En fait, selon les dispositions actuelles, il est fort possible qu'*aucune* des commissions scolaires recevant le rôle n'ait de responsabilité envers un jeune contrevenant donné y figurant. Par exemple, le jeune contrevenant pourrait provenir de l'extérieur de la région ou avoir carrément quitté l'école.

51

Thirdly, the limitation is directed either to ensuring compliance with a court order (in which case disclosure should not be given in respect of young offenders who are not under any relevant court order) or to ensuring safety of staff, students or other persons. With respect to compliance issues (first branch), it is quite possible that one of the St. John's School Boards *could* have had a role to play in ensuring compliance by the appellant with the condition of his recognizance that he keep the peace and be of good behaviour for 12 months; and that he not "initiate any contact or communication with" the alleged victims. However, there is no evidence that all or any of the school board recipients here had such a role to play in respect of the appellant, against whom all charges were ultimately dropped. With respect to safety (second

Troisièmement, la limite vise à faire en sorte que les ordonnances de la cour soient respectées (auquel cas il ne doit pas y avoir communication relativement aux jeunes contrevenants ne faisant pas l'objet d'une ordonnance à cet égard) et à assurer la sécurité du personnel, des étudiants ou d'autres personnes. Quant au respect des ordonnances (la première partie), il est fort possible que l'une des commissions scolaires de St. John's *aurait* pu avoir un rôle à jouer pour faire en sorte que l'appelant respecte l'engagement qu'il a pris de ne pas troubler l'ordre public et d'avoir une bonne conduite pendant 12 mois, et de ne pas [TRADUCTION] «entrer en contact ou en communication» avec les présumées victimes. Il n'y a cependant aucune preuve que les commissions scolaires visées, ou l'une d'elles, aient eu un tel rôle à

branch), young persons charged with offences such as shoplifting, which ordinarily would not raise safety concerns at all, should be (but are not now) excluded from the general distribution to school boards linking specific accused with specific offences. The docket as presently distributed identifies all young persons in trouble under the Act, whether or not they are on bail, probation or conditional supervision, whether or not they are a threat to safety of the staff, students or other persons, and whether or not they attend school.

Fourthly, the docket is both over-inclusive and under-inclusive in relation to the information that can legally be communicated. It is over-inclusive because it includes young people who present no safety risk at all and who may not even be students. At the same time, it is under-inclusive because, if there is a serious safety concern, the docket may not include enough information to alert a school to the nature of that safety concern or to enable the school to formulate in an informed way what remedial action to take.

It is evident, therefore, that if the objective of the Youth Court in St. John's is to provide timely information to school boards in need of safety information, the objective can certainly be achieved through the individuals named in s. 38(1.13). The evidence is, in fact, that timely information from the Youth Court has in the past assisted schools in the St. John's area to address legitimate safety concerns, including assignment of a student assistant to monitor a student charged with arson to ensure no incidents of arson occurred; preparation of risk assessments in cases where students have been charged with serious violent offences; placement of a student in another school after an attack on a classmate to reduce the risk of further assault or confrontation; and restric-

jouer relativement à l'appelant, contre qui toutes les accusations ont finalement été retirées. Quant à la sécurité (la deuxième partie), les adolescents inculpés d'infractions comme le vol à l'étalage, qui ne suscitent habituellement aucune inquiétude en matière de sécurité, ne devraient pas être visés (mais le sont actuellement) par la diffusion générale aux commissions scolaires qui lie des accusés donnés à des infractions précises. Le rôle actuellement diffusé identifie tous les jeunes faisant l'objet de procédures prises en vertu de la Loi, qu'ils soient ou non en liberté sous caution, sous probation ou en liberté sous condition, qu'ils constituent ou non un danger pour la sécurité du personnel, des étudiants ou d'autres personnes et qu'ils aillent ou non à l'école.

Quatrièmement, le rôle a une portée à la fois trop large et trop restrictive relativement aux renseignements qui peuvent être communiqués en vertu de la loi. Il a une portée trop large car il comprend des adolescents qui ne constituent vraiment aucun risque pour la sécurité et qui ne sont même pas des étudiants. Par ailleurs, il a une portée trop restrictive car, s'il existe un danger grave en matière de sécurité, il peut ne pas contenir suffisamment de renseignements pour prévenir l'école de la nature de ce danger ni pour lui permettre d'élaborer de façon éclairée la mesure corrective à prendre.

Il est donc manifeste que si l'objectif du tribunal pour adolescents de St. John's est de fournir au moment opportun des renseignements aux commissions scolaires ayant besoin de renseignements relatifs à la sécurité, cet objectif peut certainement être atteint par l'intermédiaire des personnes visées au par. 38(1.13). La preuve indique d'ailleurs que des renseignements pertinents provenant du tribunal pour adolescents ont par le passé aidé des écoles de la région de St. John's à répondre à des préoccupations légitimes en matière de sécurité, par exemple, en nommant un aide-étudiant pour surveiller un étudiant accusé d'incendie criminel afin que des incendies criminels ne se produisent pas; en faisant une évaluation du risque dans des cas où des étudiants avaient été inculpés relative-

52

53

tion of a student's movement within a school so as to reduce the safety risk to other students.

54 The point, however, is that the communication will have to be more tightly tailored to comply with the non-disclosure provisions of the Act than by way of the present general distribution of *all* dockets to *all* school boards.

55 Once the information is lawfully in the hands of the school, of course, the school may take steps to address its safety concerns (as, of course, it is entitled to do on the basis of any information that raises safety issues). This remedial action may include, where appropriate, an expulsion hearing: *F.G. v. Board of Education of Scarborough* (1994), 68 O.A.C. 308 (Div. Ct.); or other restrictions even prior to trial where necessary: *H. (G.) v. Shamrock School Division No. 38 (Sask.) Board of Education*, [1987] 3 W.W.R. 270 (Sask. Q.B.). As stated by Smith Prov. Ct. J. in *R.G. (Re)*, [1999] B.C.J. No. 1106 (QL) (Prov. Ct.), at para. 33, albeit he was dealing with an application under s. 38(1.5): "As important as privacy is for youth records under the YOA, there is an overriding importance, in certain circumstances, of allowing disclosure in order to protect other children".

56 Violent offences against people, e.g., assault, assault causing bodily harm, aggravated sexual assault, weapons offences, drugs and more serious property offences such as arson may clearly raise a sufficient concern for the safety of the young person as well as "staff, students or other persons" to justify notification to the board responsible for the student in question. There is nothing in the section that precludes the implementation of a general notification procedure provided the policy is properly tailored to the statutory requirements. In terms

ment à des infractions graves de violence; en plaçant un étudiant dans une autre école après une attaque contre un camarade de classe, pour réduire le risque d'un autre affrontement ou agression; et en restreignant la circulation d'un étudiant dans une école afin de réduire le danger pour la sécurité des autres étudiants.

Il n'en demeure pas moins que la diffusion, pour être conforme aux dispositions de la Loi interdisant la communication des renseignements, devra être plus étroitement ajustée qu'une diffusion générale de *tous* les rôles à *toutes* les commissions scolaires, comme c'est actuellement le cas.

Une fois que l'école détient légalement les renseignements, elle peut évidemment prendre des mesures pour répondre à ses préoccupations en matière de sécurité, comme elle a le droit de le faire dans d'autres cas, lorsqu'elle reçoit des renseignements préoccupants sur le plan de la sécurité. Elle peut notamment, dans les cas qui s'y prêtent, tenir une audience d'expulsion: *F.G. c. Board of Education of Scarborough* (1994), 68 O.A.C. 308 (C. div.); ou imposer si nécessaire d'autres restrictions même avant la tenue du procès: *H. (G.) c. Shamrock School Division No. 38 (Sask.) Board of Education*, [1987] 3 W.W.R. 270 (B.R. Sask.). Comme l'a déclaré le juge Smith, de la Cour provinciale, dans *R.G. (Re)*, [1999] B.C.J. No. 1106 (QL) (C. prov.), au par. 33, bien qu'il ait examiné une demande fondée sur le par. 38(1.5): [TRADUCTION] «Aussi importante que soit, en ce qui a trait aux dossiers des adolescents, la protection de la vie privée en vertu de la LJC, il est encore plus important, dans certains cas, de permettre la communication afin de protéger d'autres enfants».

Les infractions de violence contre des personnes — comme les voies de fait, les voies de fait avec lésions, les agressions sexuelles graves, les infractions relatives aux armes et aux drogues ainsi que les infractions graves contre les biens telles que l'incendie criminel — peuvent manifestement soulever une préoccupation suffisante pour la sécurité de l'adolescent lui-même ainsi que pour celle «du personnel, des étudiants ou d'autres personnes» pour justifier la notification à la commission scolaire responsable de l'étudiant en question. Rien

of post-disposition, the Youth Court judge would be in a very good position to know what information the school ought to receive to address any safety concerns and may, if he or she thinks fit, alert one of the officials enumerated in s. 38(1.13) to make the notification.

The scheme of s. 38(1.13) is therefore that the information should be provided not by the Youth Court as such but by the provincial director, a youth worker or peace officer, and should be directed only to the school board with which the young person is associated. Administrative arrangements may be standardized by the court's Youth Justice Concerns Committee, but the responsibility for the nature and extent of the disclosure will rest with the official identified in s. 38(1.13) who actually takes charge of the disclosure.

V. Disposition

The present practice of the Youth Court in St. John's is not sanctioned by the Act and the appeal is therefore allowed, the order of the Court of Appeal is set aside, and a prohibition will issue against continuation of the present practice of the Youth Court of St. John's to distribute the docket to both school boards in the St. John's area. The prohibition is issued, of course, without prejudice to the making of an appropriately tailored regulation under s. 44.1(1)(h) of the Act, or to such further or other arrangement that may be made by the provincial director, a youth worker, a peace officer or other official identified in s. 38(1.13) that conforms to the Act and recognizes the valid interest of the school boards in the promotion of school safety. The appellant is entitled to his costs here and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: Joan Dawson, St. John's.

dans la disposition n'empêche de procéder par notification générale, pourvu que la politique soit conçue conformément aux exigences de la loi. Une fois la décision rendue, le juge du tribunal pour adolescents est très bien placé pour savoir quels renseignements l'école devrait recevoir pour répondre à toute préoccupation relative à la sécurité et il peut, s'il le juge indiqué, demander à l'un des responsables énumérés au par. 38(1.13) de faire la notification.

L'objet du par. 38(1.13) est donc de prévoir que les renseignements sont fournis, non pas par le tribunal pour adolescents lui-même, mais par le directeur provincial, un délégué à la jeunesse ou un agent de la paix, et qu'ils sont communiqués uniquement à la commission scolaire dont relève l'adolescent. Le Youth Justice Concerns Committee du tribunal peut normaliser les dispositions administratives, mais la responsabilité de la nature et de la portée de la communication revient aux responsables visés par le par. 38(1.13), qui se chargent eux-mêmes de la communication.

V. Dispositif

La pratique actuelle du tribunal pour adolescents de St. John's n'est pas autorisée par la Loi, de sorte que le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et une interdiction est prononcée contre la poursuite de la pratique actuelle du tribunal pour adolescents de St. John's, qui consiste à diffuser le rôle aux deux commissions scolaires de la région de St. John's. L'interdiction est évidemment prononcée sans préjudice à l'édiction d'un règlement approprié en vertu de l'al. 44.1(1)(h) de la Loi, ou la prise de toute autre disposition administrative par le directeur provincial, un délégué à la jeunesse, un agent de la paix ou tout autre responsable visé par le par. 38(1.13), conformément à la Loi et compte tenu du droit légitime des commissions scolaires de promouvoir la sécurité dans les écoles. L'appelant a droit aux dépens dans notre Cour et dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: Joan Dawson, St. John's.

57

58

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: The Department of Justice, St. John's.

Solicitors for the respondents the Roman Catholic School Board for St. John's and the Avalon Consolidated School Board: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.

Solicitor for the intervener: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine: Le ministère de la Justice, St. John's.

Procureurs des intimés Roman Catholic School Board for St. John's et Avalon Consolidated School Board: Stewart McKelvey Stirling Scales, St. John's.

Procureur de l'intervenante: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 2000 Vol. 1

and Tables

Cited as [2000] 1 S.C.R. { i-lx
915-1028

6^e cahier, 2000 Vol. 1

et Tables

Renvoi [2000] 1 R.C.S. { i-lx
915-1028

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

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

Deputy Registrar / Registrataire adjoint
LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale
BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêtiste en chef
CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS
VALERIE DESJARLAIS
JACQUELINE EL-HADDAD
ANDRES GARIN
SALLY GRIFFIN
UZMA IHSANULLAH

KAREN LEVASSEUR
NADIA LORETI
ARCHIBALD MCDONALD
MARY JANE SINCLAIR
IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL
LESLI TAKAHASHI
CAMERON TAYLOR
JULIE TERRIEN
TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef
ODILE CALDER

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

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition
GISELE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques
SUZANNE AUDET
PETER O'DOHERTY
VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique
SUZANNE GIGUÈRE

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

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif
MANON PLOUFFE

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.

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.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	xxiii
Table of Cases Cited.....	xxxi
Statutes and Regulations Cited.....	xlix
Authors Cited	liii
Index	1017

Lovelace v. Ontario..... 950

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indians — Proceeds of province's first reserve-based commercial casino to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under Indian Act — Whether province's decision to exclude non-band aboriginal communities from casino proceeds and from participating in the negotiations infringing s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Relationship between ss. 15(1) and 15(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Division of powers — Indians — Proceeds of province's first reserve-based commercial casino to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under Indian Act — Whether province's decision to exclude non-band aboriginal communities ultra vires — Whether province exercising its spending power — Constitution Act, 1867, s. 91(24).

Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada..... 915

Taxation — Income tax — Deductions — Capital cost of property — Investment tax credit — Manufacturing or processing goods for sale — Taxpayer constructing its own asphalt plant — Asphalt produced by plant mostly used in taxpayer's own paving business but part of production sold to third parties — Whether capital cost of plant qualifies for investment tax credit under s. 127(5) of Income Tax Act and accelerated capital cost allowance under Class 39 of Schedule II of Income Tax Regulations — Whether asphalt plant primarily acquired for "manufacturing or processing goods for sale" — Meaning of "sale" — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(a), 127(5), (9) "qualified property" — Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, Schedule II, Class 39.

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xxvii
Table de la jurisprudence.....	xxxi
Lois et règlements cités.....	li
Doctrine citée.....	liii
Index.....	1023

Lovelace c. Ontario..... 950

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Indiens — Recettes du premier casino commercial situé dans une réserve de l'Ontario devant être distribuées seulement aux Premières nations de cette province inscrites comme bandes en vertu de la Loi sur les Indiens — Est-ce que la décision de la province d'exclure les communautés autochtones non constituées en bandes du partage des recettes et de la participation aux négociations contrevient à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Corrélation entre les art. 15(1) et 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Indiens — Recettes du premier casino commercial situé dans une réserve de l'Ontario devant être distribuées seulement aux Premières nations de cette province inscrites comme bandes en vertu de la Loi sur les Indiens — Est-ce que la décision de la province d'exclure les communautés autochtones non constituées en bandes est ultra vires? — La province exerçait-elle son pouvoir de dépenser? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada..... 915

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Déductions — Coût en capital des biens — Crédit d'impôt à l'investissement — Fabrication ou transformation de marchandises à vendre — La contribuable a construit sa propre usine de fabrication d'asphalte — L'asphalte fabriqué à l'usine était surtout utilisé pour l'entreprise d'asphaltage de la contribuable, mais une partie de la production était vendue à des tiers — La contribuable peut-elle déduire le coût en capital de l'usine au titre du crédit d'impôt à l'investissement prévu à l'art. 127(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu et se prévaloir de la déduction pour amortissement accéléré selon la catégorie 39 de l'annexe II du Règlement de l'impôt sur le revenu? — L'usine de fabrication d'asphalte a-t-elle été acquise principalement pour «la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre»? — Le sens du mot «vendre» — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)a), 127(5), (9) «bien admissible» — Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, annexe II, catégorie 39.



2000 Volume 1

Canada Supreme Court Reports Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

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

ANNE ROLAND

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

Deputy Registrar / Registraire adjoint

LOUISE MEAGHER

General Counsel / Avocate générale

BARBARA KINCAID

Chief Law Editor / Arrêstiste en chef

CLAUDE MARQUIS

Legal Counsel / Conseillers juridiques

CHANTAL DEMERS

VALERIE DESJARLAIS

JACQUELINE EL-HADDAD

ANDRES GARIN

SALLY GRIFFIN

UZMA IHSANULLAH

KAREN LEVASSEUR

NADIA LORETI

ARCHIBALD MCDONALD

MARY JANE SINCLAIR

IDA SMITH

JACQUELINE STENCEL

LESLI TAKAHASHI

CAMERON TAYLOR

JULIE TERRIEN

TIMOTHY WILSON

Senior Editor / Rédactrice en chef

ODILE CALDER

Jurilinguists / Jurilinguistes

RICHARD BERBERI

CHRISTIAN C.-DESPRÉS

ROSALIE TO-THANH-HIEN

Manager, Editorial Services / Gestionnaire, Service de l'édition

GISÈLE BOULAY

Technical Revisors / Réviseurs techniques

SUZANNE AUDET

PETER O'DOHERTY

VALÉRIE CHARRON

Legal Assistant / Adjointe juridique

SUZANNE GIGUÈRE

Editorial Assistant / Adjointe à l'édition

INGRID LOYOLA-NAZARETH

Administrative Support Clerk / Commis au soutien administratif

MANON PLOUFFE

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

The Honourable MICHEL BASTARACHE

The Honourable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

The Honourable LOUISE ARBOUR

The Honourable LOUIS LEBEL

On the 6th day of January 2000, the Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., Chief Justice of Canada, resigned from the Bench.

On the 7th day of January 2000, the Honourable BEVERLEY MCLACHLIN, Puisne Judge of the Supreme Court of Canada, was appointed Chief Justice of Canada.

On the 7th day of January 2000, the Honourable LOUIS LEBEL, a Judge of the Court of Appeal of Quebec, was appointed a Puisne Judge of the Supreme Court of Canada.

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

La très honorable BEVERLEY MCLACHLIN, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

L'honorable MICHEL BASTARACHE

L'honorable WILLIAM IAN CORNEIL BINNIE

L'honorable LOUISE ARBOUR

L'honorable LOUIS LEBEL

Le 6 janvier 2000, le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., Juge en chef du Canada, a résigné ses fonctions.

Le 7 janvier 2000, l'honorable BEVERLEY MCLACHLIN, juge puîné à la Cour suprême du Canada, a été nommée Juge en chef du Canada.

Le 7 janvier 2000, l'honorable LOUIS LEBEL, juge de la Cour d'appel du Québec, a été nommé juge puîné à la Cour suprême du Canada.

ERRATA

[1999] 1 S.C.R. p. 537, para. 69, line 13 of the English version. Read "discrimination will frequently require that distinctions" instead of "discrimination will frequently require distinctions".

[1999] 1 S.C.R. p. 759. In the French captions read "Fiducie présumée" instead of "Fiducie présumé".

[1999] 2 S.C.R. p. 220, para. 15, line 12 of the French version. Read "Par conséquent, rien de nouveau n'a été établi, en ce sens qu'il n'a pas été jugé que le lieu de résidence constituait, de façon générale, un motif analogue." instead of "Par conséquent le fait de conclure, sur le plan des principes généraux, que le lieu de résidence est un motif analogue n'établit rien de nouveau."

[1999] 1 R.C.S. p. 537, par. 69, ligne 13 de la version anglaise. Lire «discrimination will frequently require that distinctions» au lieu de «discrimination will frequently require distinctions».

[1999] 1 R.C.S. p. 759. Dans la version française des mots-clés lire «Fiducie présumée» au lieu de «Fiducie présumé».

[1999] 2 R.C.S. p. 220, par. 15, ligne 12 de la version française. Lire «Par conséquent, rien de nouveau n'a été établi, en ce sens qu'il n'a pas été jugé que le lieu de résidence constituait, de façon générale, un motif analogue.» au lieu de «Par conséquent le fait de conclure, sur le plan des principes généraux, que le lieu de résidence est un motif analogue n'établit rien de nouveau.».

REHEARING / NOUVELLE AUDITION

Renaud v. Quebec (Commission des affaires sociales), [1999] 3 S.C.R. 855

The Court's judgment of December 8, 1999 is amended by adding the following words at the end of the last sentence in para. 3: "in this Court and in the courts below".

Renaud c. Québec (Commission des affaires sociales), [1999] 3 R.C.S. 855

Le jugement de la Cour, daté du 8 décembre 1999, est modifié par l'ajout des mots suivants à la fin de la dernière phrase du par. 3: «dans notre Cour et les cours d'instance inférieure».

MOTIONS — REQUÊTES
(January 1 to August 31, 2000 – 1^{er} janvier au 31 août 2000)

- 1858-0894 Québec Inc. c. Compagnie d'assurance Standard Life* (Qué.), 27302, leave to appeal refused with costs, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 2849-6180 Québec Inc. c. 3099-2325 Québec Inc.* (Qué.), 27557, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 2858-0702 Québec Inc. c. Lac D'Amiante du Québec Ltée* (Qué.), 27324, leave to appeal granted, 27.1.00, autorisation de pourvoi accordée.
- 2859-8803 Québec Inc. c. Jean Fortin & Associés Inc.* (Qué.), 27368, leave to appeal refused with costs, 2.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 156036 Canada Inc. c. Les Pétroles Therrien Inc.* (Qué.), 27158, leave to appeal refused with costs, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- 539938 Ontario Ltd. v. Derksen* (Ont.), 27524, leave to appeal granted, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée.
- 610990 Ontario Inc. v. Business Development Bank of Canada* (Ont.), 27479, leave to appeal refused, 3.2.00, autorisation de pourvoi refusée.
- A.K. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27697, leave to appeal refused, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- A.-L. T. v. W.B.* (Que.), 27814, leave to appeal refused with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A.L.R. v. The Queen* (Crim.)(Man.), 27659, leave to appeal granted, 27.7.00, autorisation de pourvoi accordée.
- AGB Halifax Enterprises Inc. v. Wood Street Developments Inc.* (Ont.), 27668, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Agricore Cooperative Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 27347, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ahani v. Minister of Citizenship & Immigration* (F.C.A.), 27792, leave to appeal granted with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Ahluwalia v. College of Physicians and Surgeons of Manitoba* (Man.), 27382, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Aitken v. Aitken* (B.C.), 27728, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Albert v. Albert* (Ont.), 27637, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ali c. Compagnie d'Assurance Guardian du Canada* (Qué.), 27458, leave to appeal refused, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Alpha Laboratories Inc. v. The Queen in Right of Ontario* (Ont.), 27419, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Arcand c. Denharco Inc.* (Qué.), 27372, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Arcuri v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27797, leave to appeal granted, 15.6.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Ashmore v. Van Mol* (B.C.), 27171, leave to appeal refused, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Askey v. The Queen in Right of the Province of British Columbia* (B.C.), 27607, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Association des policiers provinciaux du Québec c. Lauzon* (Qué.), 27619, leave to appeal refused, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Association des radiologistes du Québec c. Rochon* (Qué.), 27313, leave to appeal refused with costs, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Atlas Industries v. Saskatchewan Labour Relations Board* (Sask.), 27402, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Atomic Energy Control Board v. Danilov* (Ont.), 27632, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Matthews* (F.C.A.), 27456, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Augustine v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 27695, leave to appeal refused with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Austie v. Aksenowicz* (Alta.), 27248, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Azco Mining Inc. c. Sam Lévy & Associés Inc.* (Qué.), 27876, leave to appeal granted with costs, 29.6.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Backman v. The Queen* (F.C.A.), 27561, leave to appeal granted with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Bacon v. Saskatchewan Crop Insurance Corporation* (Sask.), 27469, leave to appeal refused, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bagola v. Ovadya* (Ont.), 27691, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bailey c. The Queen in Right of Canada* (F.C.A.), 27427, leave to appeal granted with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Banca Commerciale Italiana of Canada c. Soeurs du Bon Pasteur de Québec* (Qué.), 27627, leave to appeal refused with costs, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bareau v. Governors of the University of Alberta* (Alta.), 27330, leave to appeal refused with costs, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Barreau de Montréal c. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec* (Qué.), 27472, notice of discontinuance filed, 13.5.00, avis de désistement produit.
- Bayer Inc. v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), 27436, leave to appeal refused, 15.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- BDO Dunwoody Ltd. v. Superintendent of Bankruptcy* (Man.), 27501, leave to appeal granted, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Beamish v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 27545, leave to appeal refused, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Beaver Lumber Co. v. Epoch* (Ont.), 27193, leave to appeal refused, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Béliard c. Husbands* (Qué.), 27241, leave to appeal refused, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Belships (Far East) Shipping (PTE) Ltd. v. Canadian Pacific Forest Products Ltd.* (F.C.A.), 27471, leave to appeal refused with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Benard v. The Queen* (Crim.)(Man.), 27175, leave to appeal refused, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée.

- Ben-Hafsia v. City of Vancouver* (B.C.), 27337, leave to appeal refused with costs, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Berendsen v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 27312, leave to appeal granted with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Bernier c. Fédération des producteurs de lait du Québec* (Qué.), 27416, leave to appeal refused, 27.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bertrix Corp. c. Valeurs mobilières Desjardins Inc.* (Qué.), 27401, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bérubé c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27530, leave to appeal refused, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- B.G. Schickedanz Investments Ltd. v. Szasz* (Ont.), 27558, leave to appeal refused, 15.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bhandar v. Bains* (B.C.), 27199, leave to appeal refused with costs, 24.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bhinder v. The Queen* (B.C.), 27647, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Biron c. Arthur Anderson Inc.* (Qué.), 27426, leave to appeal refused with costs, 18.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Black (David) v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27798, leave to appeal refused, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bloom v. Meditrust Healthcare Inc.* (Ont.), 27571, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bonamy v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27631, leave to appeal refused, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Boston v. Boston* (Ont.), 27682, leave to appeal granted, 16.3.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Boudreault c. Procureur général du Canada* (C.A.F.), 27660, leave to appeal refused with costs, 24.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Braintech Inc. v. Kostiuk* (B.C.), 27296, leave to appeal refused with costs, 9.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brault & Bisailon (1986) Inc. c. Éditions Le Canada Français Ltée* (Qué.), 27409, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brereton v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26669, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Brett v. Halifax Regional Municipality* (N.S.), 27640, leave to appeal refused with costs, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bri-Mel Developments Ltd. v. McLaren* (Ont.), 27411, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- British Aviation Insurance Group (Canada) Ltd. v. West Central Air Ltd.* (Sask.), 27590, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- British Columbia Hydro and Power Authority v. Tenneco Canada Inc.* (B.C.), 27507, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brotherhood of Maintenance of Way Employees v. Litke* (Man.), 27622, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Brown v. Synchronics Inc.* (F.C.A.), 27405, leave to appeal refused, 16.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bruce Agra Foods Inc. v. Trilwood Investments Ltd.* (Ont.), 27260, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bryan v. The Queen* (Man.), 27222, leave to appeal refused, 3.2.00, autorisation de pourvoi refusée.

- Buhlers v. Superintendent of Motor Vehicles for the Province of British Columbia* (B.C.), 27268, leave to appeal refused, 24.2.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Bull v. The Queen* (Alta.), 26669, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Butcher v. Government of St. Lucia* (Ont.), 27375, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- C.A.L. v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 27758, leave to appeal refused, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- C.L.L. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27564, leave to appeal refused, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- C.V.M. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 27779, leave to appeal refused, 17.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Cadillac Fairview Corp. v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 27214, leave to appeal refused with costs, 3.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cadillac Fairview Corp. v. Saskatchewan Human Rights Commission* (Sask.), 27537, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Cameron v. Attorney General of Nova Scotia* (N.S.), 27584, leave to appeal refused, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Campbell v. The Queen* (F.C.A.), 27685, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Life Assurance Co. v. Ryan* (Nfld.), 27603, leave to appeal refused with costs, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canada Post Corp. v. Canadian Postmasters and Assistants Association* (F.C.A.), 27377, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Canadian Media Guild, Local 30213 of the Newspaper Guild v. Canadian Broadcasting Corp.* (Nfld.), 27378, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cardinal v. The Queen* (Alta.), 26669, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Carmichael v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27634, leave to appeal refused, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Carrie v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27684, leave to appeal refused, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Caswell v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27538, leave to appeal refused, 2.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Cavan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27582, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Centra Gas Manitoba v. Bohemier* (Man.), 27197, leave to appeal refused with costs, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chan v. Chiasson* (Ont.), 27498, leave to appeal refused with costs, 18.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Chaudhary v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27672, leave to appeal refused, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Chung v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 27508, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Claveau c. Durand* (Qué.), 27349, leave to appeal refused with costs, 2.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Club Juridique c. Lafrenière* (Qué.), 27633, leave to appeal refused, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Cobb v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 27610, leave to appeal granted, 17.2.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Coca-Cola Ltd. v. Pardhan* (F.C.A.), 27392, leave to appeal refused with costs, 3.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Comeau c. Comeau*, (Qué.), 27692, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Société canadienne des postes* (Qué.), 27311, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre d'hébergement et de soins de longue durée Champlain-Manoir de Verdun* (Qué.), 27639, leave to appeal refused with costs, 24.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission des lésions professionnelles c. Société canadienne des postes* (Qué.), 27311, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commission scolaire d'Iberville c. Syndicat de l'enseignement du Haut-Richelieu* (Qué.), 27369, leave to appeal refused with costs, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Commisso v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 27787, leave to appeal refused, 24.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Committee for the Equal Treatment of Asbestos Minority Shareholders v. La Reine* (Ont.), 27252, leave to appeal granted, 27.1.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Conrad v. Imperial Oil Ltd.* (N.S.), 27270, leave to appeal refused with costs, 2.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Conroy v. Friesen* (B.C.), 27200, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Conway v. The Queen in Right of Ontario* (Ont.), 27519, leave to appeal refused with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Continental Compagnie d'Assurance du Canada c. Club de Golf Oka Inc.* (Qué.), 27379, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cooper v. Hobart* (B.C.), 27880, leave to appeal granted, 17.8.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Corporation of the City of Brampton v. Bisoukis* (Ont.), 27742, leave to appeal refused with costs, 17.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Kelowna v. Labour Relations Board of British Columbia* (B.C.), 27315, leave to appeal refused, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Corporation of the City of Thunder Bay v. 1037618 Ontario Inc.* (Ont.), 27549, leave to appeal refused with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation of the City of Toronto v. Toronto Terminals Railway* (Ont.), 27626, notice of discontinuance filed, 31.8.00, avis de désistement produit.
- Corsano v. The Queen* (F.C.A.), 27319, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Couture (François) c. Ferme La Champignière Inc.* (Qué.), 27301, leave to appeal refused with costs, 18.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Crawford v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 27195, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Crestwood Lake Ltd. v. Pizzezy* (Ont.), 27462, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dawes v. Jajcaj* (B.C.), 27403, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dawson v. Attorney General of Alberta* (Crim.)(Alta.), 27629, leave to appeal refused, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- De-Jai Holdings Inc. v. Corporation of the City of Guelph* (Ont.), 27364, leave to appeal refused with costs, 3.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Deane v. The Queen* (Ont.), 27776, notice of discontinuance filed, 22.2.00, avis de désistement produit.

- Del Grande v. Toronto Dominion Bank* (Ont.), 27522, leave to appeal refused with costs, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Derksen v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 27642, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Devgan v. The Queen in Right of Ontario* (Ont.), 27567, leave to appeal refused, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Devgan v. The Queen in Right of Ontario* (Ont.), 27567, leave to appeal refused, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Devji v. Corporation of the District of Burnaby* (B.C.), 27667, leave to appeal refused with costs, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Directeur général, Région du Québec c. Collin* (C.A.F.), 27451, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Directeur général, Région du Québec c. Couture* (C.A.F.), 27447, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Directeur général, Région du Québec c. Cyr* (C.A.F.), 27446, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Directeur général, Région du Québec c. Duguay* (C.A.F.), 27448, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Directeur général, Région du Québec c. Duguay* (C.A.F.), 27449, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Directeur général, Région du Québec c. Duguay* (C.A.F.), 27452, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Directeur général, Région du Québec c. Leblanc* (C.A.F.), 27450, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Do c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27805, leave to appeal refused, 31.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Dobson v. The Queen* (Crim.)(N.B.), 27775, leave to appeal refused, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Dofasco v. NBD Bank* (Ont.), 27754, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dominion Bridge Inc. v. The Queen* (Sask.), 27355, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Dominion of Canada General Insurance Co. v. Marchand* (Ont.), 27244, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Doody v. Professional Training Committee of the Barreau du Québec* (Qué.), 27334, leave to appeal refused with costs, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Doosselaere c. Holt Cargo Systems Inc.* (Qué.), 27905, leave to appeal granted with costs, 31.8.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Doyle v. The Queen* (Crim.)(P.E.I.), 27702, leave to appeal refused, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Dr. William N. Campbell Professional Corporation v. The Queen* (F.C.A.), 27687, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Duca Community Credit Union Ltd. v. Sugarman* (Ont.), 27417, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dunmore v. Attorney General for Ontario* (Ont.), 27216, leave to appeal granted, 24.2.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Dwomoh v. Minister of Citizenship and Immigration* (Ont.), 27534, leave to appeal refused, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- E.T.H. v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 27709, leave to appeal refused, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée.

- Eamor v. Air Canada Ltd.* (B.C.), 27661, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Eastern Power Ltd. v. Azienda Comunale Energia & Ambiente* (Ont.), 27595, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Eholor v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27504, leave to appeal refused with costs, 6.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Elder v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27219, notice of discontinuance filed, 26.1.00, avis de désistement produit.
- Ellis-Don Construction Ltd. v. Naylor Group Inc.* (Ont.), 27321, leave to appeal granted, 20.4.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Emballage Graham du Canada Ltée c. Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse* (Qué.), 27336, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Endean v. The Queen in right of the Province of British Columbia* (B.C.), 26679, notice of discontinuance filed, 19.1.00, avis de désistement produit.
- Entreprises Ludco Ltée v. The Queen* (F.C.A.), 27320, leave to appeal granted, 20.4.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Epstein v. Salvation Army Scarborough Grace General Hospital* (Ont.), 27608, notice of discontinuance filed, 18.2.00, avis de désistement produit.
- Estate of Yuan Vercingetorix Woo v. Privacy Commissioner of Canada* (F.C.A.), 27497, leave to appeal refused, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Éthier c. Entreprises P. F. St-Laurent* (Qué.), 27413, leave to appeal refused with costs, 2.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Favreau c. Productions Avanti Cinévidéo Inc.* (Qué.), 27527, leave to appeal refused, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Feuerwerker c. La Reine* (Crim.)(Ont.), 27664, leave to appeal refused, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Filzmaier v. O.K.W. Ltd.* (Ont.) 27700, leave to appeal refused with costs, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Flamand c. La Reine* (Qué.), 27589, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Flexi-Coil Ltd. v. Bourgault Industries Ltd.* (F.C.A.)(Sask.), 27273, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fortin c. Fonds d'assurance responsabilité professionnelle de la chambre des notaires du Québec* (Qué.), 27400, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fortin — es qualités de syndic à la faillite de André L'Heureux* (Qué.), 27350, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fournier v. The Queen* (B.C.), 27881, leave to appeal refused, 17.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Franks v. Attorney General of British Columbia* (B.C.), 27414, leave to appeal refused, 2.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Francis v. Minister of Citizenship and Immigration* (Ont.), 27615, leave to appeal granted with costs, 1.6.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Fraternité des préposés à l'entretien des voies c. Canadien Pacifique Ltée* (Qué.), 27434, leave to appeal refused with costs, 27.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Friedland v. United States of America* (Ont.), 27773, leave to appeal granted with costs, 24.8.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Frito Lay Canada Ltd. v. Heynen* (Ont.), 27628, leave to appeal refused with costs, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- G.P. c. S.B.* (Qué.), 27593, leave to appeal refused with costs, 3.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Galuego v. Canadian Human Rights Commission* (F.C.A.), 27553, leave to appeal refused, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Gauthier c. Gauthier* (Qué.), 27592, leave to appeal refused, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Gavelin v. The Queen* (F.C.A.), 27686, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- General Manager, Liquor Control v. Ocean Port Hotel Ltd.* (B.C.), 27371, leave to appeal granted, 16.3.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Gill (Ajmer) v. Gill* (B.C.), 27025, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gill (Jasbir) v. The Queen* (B.C.), 27647, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Glaxo Group Ltd. v. Novopharm Ltd.* (F.C.A.), 27457, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Glengarry Bingo Association v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 27166, leave to appeal refused with costs, 27.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Godbout c. Municipalité de la paroisse de St-Pie* (Qué.), 27428, leave to appeal refused, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Golden v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27547, leave to appeal granted, 23.3.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Gorenko v. The Queen* (Qué.), 27266, leave to appeal granted, 27.1.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Gordon v. Winnipeg Canoe Club* (Man.), 27358, leave to appeal refused with costs, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gosselin c. Procureur général du Québec* (Qué.), 27418, leave to appeal granted with costs, 1.6.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Great Lakes Power Ltd. v. Regional Assessment Commissioner, Region No. 31* (Ont.), 27532, leave to appeal refused with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Greater Europe Mission (Canada) v. The Queen* (F.C.A.), 27696, leave to appeal refused, 24.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Grossman v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 27610, leave to appeal granted, 17.2.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Guilbault v. Investors Group Trust Co.* (Ont.), 27613, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Guyot c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27739, leave to appeal refused, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- H.K. c. La Direction de la protection de la jeunesse* (Qué.), 27745, leave to appeal refused, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Hammell v. Friesen* (B.C.), 27200, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Harel c. Montambault* (Qué.), 27517, leave to appeal refused with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hart v. The Queen* (N.S.), 27784, leave to appeal refused, 31.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Hill v. Minister of Small Business, Tourism and Culture* (B.C.), 27801, the application for leave to appeal entitled “constitutional application” is granted. The application for leave to appeal entitled “statutory interpretation application” is dismissed with costs, 17.8.00, la demande d’autorisation d’appel intitulée “demande relative à une question constitutionnelle” est accueillie. La demande d’autorisation d’appel intitulée “demande relative à une question d’interprétation législative” est rejetée avec dépens.

- Hynes v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 27443, leave to appeal granted, 27.1.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Insurance Corporation of British Columbia v. Bevacqua* (B.C.), 27614, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Interboro Mutual Indemnity Insurance Co. v. Guardian Insurance Company of Canada* (Ont.), 27431, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Isert v. Santos* (B.C.), 27190, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J.H. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27670, leave to appeal refused, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Jabarianha v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27725, leave to appeal granted, 8.6.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Jagna Limited c. Techno Bloc Inc.* (C.A.F.), 27657, leave to appeal refused, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Jazairi v. Ontario Human Rights Commission* (Ont.), 27500, leave to appeal refused with costs, 3.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jhaji v. The Queen* (B.C.), 27647, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Joly v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27715, leave to appeal refused, 24.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Johnson-Paquette v. The Queen* (F.C.A.), 27966, notice of discontinuance filed, 15.8.00, avis de désistement produit.
- Johnston v. Johnston* (Ont.), 27911, leave to appeal refused with costs, 17.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jones v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 27778, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jordan v. Salgado de Leon* (Sask.), 27404, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jorgensen c. Crédit M.P. Ltée* (Qué.), 27560, leave to appeal refused with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jumelle c. Soloway* (Man.), 27701, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- K.M.C. v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 27731, leave to appeal refused, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Kadziolka v. Royal Bank of Canada* (Sask.), 27220, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kalkinis v. Allstate Insurance Company of Canada* (Ont.), 27309, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kakfwi v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 27577, leave to appeal refused with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Karamouzos v. John and Jane Doe* (B.C.), 27780, leave to appeal refused, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Katriuk v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.), 27741, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kebe c. Agbor* (Qué.), 27612, leave to appeal refused with costs, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ken Toby Ltd. v. British Columbia Buildings Corp.* (B.C.), 27326, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Khan v. The Queen* (Ont.), 27737, leave to appeal refused, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Kieling v. Saskatchewan Wheat Pool* (Sask.), 27322, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Kiloh v. The Queen* (F.C.A.), 27511, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Kinkartz v. Kinkartz* (Ont.), 27689, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kloepfer v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 27453, leave to appeal refused, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Kosikar v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27604, leave to appeal refused, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Ku v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27466, leave to appeal refused, 27.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Lackowiak v. Maple Engineering & Construction Canada* (Ont.), 27562, leave to appeal refused with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lafrentz v. Michel* (Alta.), 27234, leave to appeal refused with costs, 24.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lamy c. Société canadienne des postes* (Qué.), 27311, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Langlois c. La Reine* (Qué.), 27430, leave to appeal refused with costs, 15.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lanteigne c. La Reine* (Crim.)(N.-B.), 27528, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Lapointe v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 26578, the case is remanded to the Court of Appeal of Alberta to be reconsidered in accordance with the decision of this Court in *Her Majesty the Queen v. Thomas Andrew Bunn* (Crim.)(Man.)(26339), *Her Majesty the Queen v. Jeromie Keith D. Proulx* (Crim.)(Man.)(26376), *Her Majesty the Queen v. R.A.R.* (Crim.)(Man.)(26377), *Her Majesty the Queen v. R.N.S.* (Crim.)(B.C.)(26462), *Her Majesty the Queen v. L.F.W.* (Crim.)(Nfld.) (26329), 3.2.00, l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel de l'Alberta pour réexamen conformément à l'arrêt de notre Cour dans *Sa Majesté la Reine c. Thomas Andrew Bunn* (Crim.)(Man.)(26339), *Sa Majesté la Reine c. Jeromie Keith D. Proulx* (Crim.)(Man.)(26376), *Sa Majesté la Reine c. R.A.R.* (Crim.)(Man.)(26377), *Sa Majesté la Reine c. R.N.S.* (Crim.)(B.C.)(26462), *Sa Majesté la Reine c. L.F.W.* (Crim.)(T.-N.)(26329).
- Laurendeau c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27563, leave to appeal refused with costs, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lavoie v. The Queen in Right of Canada* (F.C.A.), 27427, leave to appeal granted with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Lawpost, a division of Legal Research Consultants Inc. v. New Brunswick* (N.B.), 27683, leave to appeal refused with costs, 17.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lenhardt v. The Queen* (B.C.), 27396, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lévesque c. Commission des lésions professionnelles* (Qué.), 27535, leave to appeal refused with costs, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lévesque Automobile Ltée c. Denis* (Qué.), 27730, leave to appeal refused with costs, 31.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lewis Energy Management Inc. v. MacKinnon* (Ont.), 27294, leave to appeal refused with costs, 2.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lim v. Lim* (B.C.), 27635, leave to appeal refused, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Locke c. City of Calgary* (Alta.), 27385, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lord v. Maritime Life Assurance Co.* (Ont.), 27630, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Lortie c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles* (Qué.), 27331, leave to appeal refused with costs, 2.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Lowe v. Canadian Pacific Ltd.* (N.S.), 27533, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Luscar Ltd. v. Smoky River Coal Ltd.* (Alta.), 27432, notice of discontinuance filed, 12.1.00, avis de désistement produit.
- M.E.P. c. K.R.O.* (Qué.), 27602, leave to appeal refused with costs, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mach v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27674, leave to appeal refused, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- MacPherson (Paul) v. ADGA Systems International Inc.* (Ont.), 27184, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Madsen v. The Queen* (F.C.A.) 27473, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Magda v. St. Catharines Standard, a division of Southam Inc.* (Ont.), 27420, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marcoux c. Bouchard* (Qué.), 27554, leave to appeal granted with costs, 15.6.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Maritimes and Northeast Pipeline Management Ltd. v. Union of Nova Scotia Indians* (F.C.A.), 27262, leave to appeal refused, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Martens v. Gulfstream Resources Canada Ltd.* (Alta.), 27638, leave to appeal refused with costs, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Martin c. Municipalité de la paroisse de St-Hubert* (Qué.), 27568, leave to appeal refused with costs, 6.7.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Masmarti c. Cohen* (Qué.), 27712, leave to appeal refused with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mathers c. Sun Life Assurance Company of Canada* (B.C.), 27387, leave to appeal refused with costs, 16.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mattel Canada Inc. v. The Queen* (F.C.A.), 27174, leave to appeal granted, 16.3.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Mayer Diamond c. Surintendant des faillites* (Qué.), 27460, leave to appeal refused with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McCorrister v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), 27677, leave to appeal granted, 10.8.00, autorisation de pourvoi accordée.
- McDonald v. Lesage* (Ont.), 27365, leave to appeal refused, 2.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- McKinley v. B.C. Tel* (B.C.), 27410, leave to appeal granted, 20.4.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Melville v. NBD Bank* (Ont.), 27754, leave to appeal refused with costs, 4.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mennes (Emile) v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), 27588, leave to appeal refused, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Mennes (Emile) v. Attorney General of Canada* (Ont.), 27706, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Merck Frosst Canada Inc. v. Minister of National Health and Welfare* (F.C.A.), 27370, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Metzner v. Metzner* (B.C.), 27529, the Court of Appeal having rendered its decision on the basis of the impact on custodial arrangements occasioned by the application of the *Federal Child Support Guidelines*, and under s. 17(6.2) of the *Divorce Act*, without the benefit of the judgment of this Court in *Francis v. Baker*, [1999] 3 S.C.R. 250, which provides for support corresponding to the actual conditions of the children, the matter is

remanded to the Court of Appeal to be disposed of in accordance with the decision in *Francis v. Baker*, 27.1.00, étant donné que la Cour d'appel a rendu sa décision en fonction de l'incidence de l'application des *Lignes directrices fédérales sur les pensions alimentaires pour enfants* sur les modalités de la garde, et du par. 17(6.2) de la *Loi sur le divorce*, sans bénéficiaire de l'arrêt de notre Cour *Francis c. Baker*, [1999] 3 R.C.S. 250, qui prescrit une pension alimentaire correspondant aux conditions de vie réelles des enfants, l'affaire est renvoyée à la Cour d'appel pour que celle-ci la tranche conformément à l'arrêt *Francis c. Baker*.

- Midland Mortgage Corp. v. Jawl & Bundon* (B.C.), 27520, leave to appeal refused with costs, 6.7.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Millette (Régent) c. Individual Investment Corp.* (Qué.), 27585, leave to appeal refused, 15.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Millette (Régent) c. La Reine* (C.A.F.), 27605, leave to appeal refused with costs, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ministère des affaires municipales c. Communauté urbaine de Québec* (Qué.), 27455, leave to appeal refused with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ministry of Finance v. Higgins* (Ont.), 27191, leave to appeal refused with costs, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Minors v. Toronto Sun Publishing Corp.* (Ont.), 27518, leave to appeal refused with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mohammed v. The Queen* (F.C.A.), 27690, leave to appeal refused with costs, 31.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mole Construction Inc. c. Compagnie d'assurances Canadian Surety* (Qué.), 27643, notice of discontinuance filed, 20.3.00, avis de désistement produit.
- Monachino v. Liberty Mutual Fire Insurance Co.* (Ont.), 27902, notice of discontinuance filed, 6.7.00, avis de désistement produit.
- Monenco Ltd. v. Commonwealth Insurance Co.* (B.C.), 27258, leave to appeal granted, 16.3.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Montreuil c. Directeur de l'État civil* (Qué.), 27621, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morris v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), 27354, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrow (Valerie) v. Academy Mechanical Services Ltd.* (Crim.)(Alta.), 27531, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Morrow (Valerie) v. Constantini* (B.C.), 27332, leave to appeal refused, 3.2.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Morrow (Valerie) v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 27441, leave to appeal refused with costs, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mulligan v. The Queen* (Alta.), 27726, leave to appeal refused, 17.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Mullings v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27710, leave to appeal refused, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Nadeau v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 27478, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Narvey v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.), 27785, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nasser v. Mayer-Nasser* (Ont.), 27879, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nelson (Terrance) v. The Queen* (Crim.)(Man.), 27594, leave to appeal refused, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée.

- Nelson (Vena) v. Lodin* (Crim.)(Ont.), 27437, leave to appeal refused with costs, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nette v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27669, leave to appeal granted, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Nikkanen v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27645, leave to appeal refused, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Nourcy c. Compagnie d'Assurance-vie Transamerica du Canada* (Qué.), 27335, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nourhaghighi v. Toronto Hospital* (Ont.), 27425, leave to appeal refused, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Nu-Pharm Inc. v. Merck & Co.* (F.C.A.), 27861, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Oerlikon Aérospatiale Inc. c. La Reine* (C.A.F.), 27352, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Offei-Twumasi v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27749, leave to appeal refused, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Oger c. Boulakia* (Ont.), 27681, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- O'Neill c. Sirois* (Qué.), 27464, notice of discontinuance filed, 10.2.00, avis de désistement produit.
- Olszynko v. Larocque* (Ont.), 27665, leave to appeal refused with costs, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Olympia Interiors Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 27550, leave to appeal refused with costs, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ontario Power Generation Inc. v. Minister of Revenue* (Ont.), 27435, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Osoyoos Indian Band v. Town of Oliver* (B.C.), 27408, leave to appeal granted, 20.4.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Palmer v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 27574, leave to appeal refused, 27.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Pan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27424, leave to appeal granted, 27.1.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Paramount Resources Ltd. v. Metis Settlements Appeal Tribunal Existing Leases Land Access Panel* (Alta.), 27743, notice of discontinuance filed, 26.6.00, avis de désistement produit.
- Pardee Equipment Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(Alta.), 27165, leave to appeal refused, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Paquet c. Les Banquets Fine-Gueule Inc.* (Qué.), 27569, leave to appeal refused with costs, 15.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Paul D'Aoust Construction Ltd. v. Markel Insurance Company of Canada* (Ont.), 27438, leave to appeal granted, 10.8.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Pawar v. The Queen* (F.C.A.), 27578, leave to appeal refused with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Penfold v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 27794, leave to appeal refused, 17.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Penty v. The Law Society of British Columbia* (B.C.), 27676, leave to appeal refused with costs, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.* (Alta.), 27934, leave to appeal granted with costs, 6.7.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Pham v. The Queen* (B.C.), 27572, leave to appeal refused, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Phillips v. R. D. Realty Ltd.* (Ont.), 27566, leave to appeal refused with costs, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Placements R.I.O. Inc. c. La Reine* (Qué.), 27454, leave to appeal refused with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Poulin c. Solidarité, Compagnie d'assurance sur la vie* (Qué.), 27303, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Prévost-Masson c. Perras* (Qué.), 27623, leave to appeal granted with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Privacy Commissioner v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), 27846, leave to appeal granted, 17.8.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Canada c. Thibault* (C.A.F.), 27445, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureure générale du Québec c. Le Camp Watchichou Inc.* (Qué.), 27463, la demande d'autorisation d'appel est rejetée avec dépens sur la requête seulement, 8.6.00, the application for leave to appeal is dismissed with costs on the leave application only.
- Provincial Superior v. Health Services Restructuring Commission* (Ont.), 27475, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Quinlan v. The Queen* (Nfld.), 27510, leave to appeal refused, 18.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Bolduc* (Crim.)(Qué.), 27580, leave to appeal refused, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Denton* (Crim.)(Qué.), 27579, leave to appeal granted, 11.5.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Dew* (Crim.)(Man.), 27017, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Hoyles* (Crim.)(Nfld.), 27678, leave to appeal refused, 15.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Kébreau* (Crim.)(Qué.), 27114, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. c. Maxwell* (Crim.)(Qué.), 27759, leave to appeal refused, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. McIntosh* (Crim.)(Ont.), 27768, leave to appeal refused, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Mentuck* (Crim.)(Man.), 27738, leave to appeal granted, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. c. Parent* (Crim.)(Qué.), 27652, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Peters* (Crim.)(Qué.), 27581, leave to appeal granted, 11.5.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Rulli* (Crim.)(Ont.), 27338, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Sheppard* (Crim.)(Nfld.), 27439, leave to appeal granted, 17.8.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Singleton* (F.C.A.), 27477, leave to appeal granted, 20.4.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Ward* (Nfld.), 27717, leave to appeal granted, 29.6.00, autorisation de pourvoi accordée.
- R. in right of Alberta v. Alberta Provincial Judges' Association* (Alta.), 27516, leave to appeal refused with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. in right of the Province of British Columbia v. Beadle* (B.C.), 27318, leave to appeal refused, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. in right of the Province of British Columbia v. Davies* (B.C.), 27318, leave to appeal refused, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- R. in right of the Province of New Brunswick v. Mackin* (N.B.), 27722, leave to appeal granted with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Rahall v. Superintendent of Financial Institutions* (Ont.), 27648, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ramlall v. Ontario International Medical Graduate Program* (Ont.), 27444, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Rauw v. The Queen* (F.C.A.), 27688, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Razac v. Lehrer* (Qué.), 27552, leave to appeal refused, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Reardon v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27708, leave to appeal refused, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Reeves v. Arsenault* (P.E.I.), 27086, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Richelieu Métal Inc. c. Éditions Le Canada Français Ltée* (Qué.), 27409, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Rideout v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 27675, leave to appeal refused, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Robertson v. Ontario Human Rights Commission* (Ont.), 27514, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royal Shirt Co. v. Ontario Labour Relations Board* (Ont.), 27412, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ruggeberg v. Bancomer, S.A.* (Ont.), 27344, leave to appeal refused with costs, 16.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Russell v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27732, leave to appeal granted, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Ruttan v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27736, leave to appeal refused, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Sam Lévy & Associés Inc. c. 2858-4665 Québec Inc.* (Qué.), 27327, leave to appeal refused with costs, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saskatchewan Wheat Pool v. The Queen* (F.C.A.), 27346, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Saskferco Products Inc. v. Wellington Insurance Co.* (Sask.), 27218, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sauvé v. The Chief Electoral Officer of Canada* (F.C.A.), 27677, leave to appeal granted, 10.8.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Scott (Douglas) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27587, leave to appeal refused, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Scott (Yvette) v. Continental Insurance Co. of Canada* (Ont.), 27573, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sekhon v. The Queen* (B.C.), 27647, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Serin Holdings Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 27499, leave to appeal refused with costs, 18.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Serré c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27470, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Seward v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27298, leave to appeal refused, 9.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Sherriah v. The Queen in right of Canada* (Y.T.), 27762, leave to appeal granted, 10.8.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Shuman v. Ontario New Home Warranty Program* (Ont.), 27256, leave to appeal refused, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Sidbec-Dosco (ISPAT) Inc. c. Commission des lésions professionnelles* (Qué.), 27716, leave to appeal refused with costs, 31.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sidbec-Dosco (ISPAT) Inc. c. Commission des lésions professionnelles* (Qué.), 27718, leave to appeal refused with costs, 31.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Simon (Christopher) v. Simon* (Ont.), 27723, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Simon (Llewelyn) v. The Queen* (Ont.), 27345, leave to appeal refused with costs, 16.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Singh (Davinder) v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.), 27747, leave to appeal refused with costs, 1.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Singh (Davinder) v. Minister of Citizenship and Immigration* (F.C.A.), 27491, leave to appeal refused with costs, 1.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith v. New Brunswick Human Rights Commission* (N.B.), 27596, leave to appeal refused with costs, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Smith (Deborah) v. Attorney General of Canada* (F.C.A.), 27844, leave to appeal granted, 17.8.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Association of Broadcasters* (F.C.A.), 27304, leave to appeal refused with costs, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sokolov v. Minister of Immigration and Citizenship* (F.C.A.)(Qué.), 27328, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Sokolova v. Ministry of Employment and Immigration* (F.C.A.), 27546, leave to appeal refused, 8.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Solunac c. Ordre des médecins vétérinaires du Québec* (Qué.), 27636, leave to appeal refused, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Spire Freezers Ltd. v. The Queen* (F.C.A.), 27415, leave to appeal granted, 20.4.00, autorisation de pourvoi accordée.
- St-Jean c. Mercier* (Qué.), 27515, leave to appeal granted with costs, 8.6.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Stanwick v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 27366, notice of discontinuance filed, 10.3.00, avis de désistement produit.
- Starkman v. Toronto-Dominion Bank* (Ont.), 27551, leave to appeal refused with costs, 22.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- State Farm Mutual Automobile Insurance Co. v. Vijeyekumar* (Ont.), 27484, leave to appeal refused with costs, 3.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stenset v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 27465, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Stone v. Wellington County Board of Education* (Ont.), 27389, leave to appeal refused with costs, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Stromberg v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 27183, leave to appeal refused, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Susin v. Harper, Haney and White* (Ont.), 27221, leave to appeal refused with costs, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Suresh v. Minister of Citizenship & Immigration* (F.C.A.), 27790, leave to appeal granted with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Sylvan Lake Gold & Tennis Club Ltd. v. Performance Industries Ltd.* (Alta.), 27934, leave to appeal granted with costs, 6.7.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Syndicat canadien de la fonction publique, Section locale 302 c. Ville de Verdun* (Qué.), 27461, notice of discontinuance filed, 1.5.00, avis de désistement produit.
- Syndicat des employé(es) du C.E.V. d'Aylmer c. Pavillon du Parc* (Qué.), 27680, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal SCFP – Section locale 429 c. Communauté urbaine de Montréal* (Qué.), 27600, leave to appeal refused with costs, 15.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Syndicat des travailleurs des pavillons jeunesse v. Boivert* (Qué.), 27548, leave to appeal refused with costs, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Szasz v. Standard Trust Co.* (Ont.), 27558, application for leave to appeal dismissed with costs to Standard Trust Co., 15.6.00, demande d'autorisation d'appel rejetée avec dépens en faveur de Standard Trust Co.
- T.V. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27556, leave to appeal refused, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Tait v. Royal Insurance Company of Canada* (N.S.), 27422, leave to appeal refused with costs, 20.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tamimi v. Toronto Hospital (Western Division)* (Ont.), 27509, leave to appeal refused with costs, 3.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tejani v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 27459, leave to appeal refused, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Terra Energy Ltd. v. Kilborn Engineering Alberta Ltd.* (Alta.), 27341, leave to appeal refused with costs, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tews v. The Queen* (Crim.)(Man.), 27734, leave to appeal refused, 31.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Thériault c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles* (Qué.), 27624, leave to appeal refused with costs, 15.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thiffault c. Caisse populaire St-Frédéric La Poudrière* (Qué.), 27544, leave to appeal refused with costs, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thomas v. Alcan Aluminium Ltd.* (B.C.), 27583, leave to appeal refused with costs, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thomas-Robinson v. Song* (Ont.), 27323, leave to appeal refused with costs, 27.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toronto-Dominion Bank v. The Plessey Company* (Ont.), 27570, leave to appeal refused with costs, 3.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Toronto-Dominion Bank v. Schumacher* (Ont.), 27423, leave to appeal refused with costs, 20.1.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Total Leisure R.V. Manufacturing Ltd. v. Olympic Building Systems Ltd.* (Man.), 27357, leave to appeal refused, 6.4.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Tourigny c. La Reine* (Qué.), 27646, notice of discontinuance filed, 11.1.00, avis de désistement produit.
- Trifox, Inc. v. Angoss II Partnership* (Ont.), 27649, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tri-Tex Co. c. Gideon* (Qué.), 27575, leave to appeal refused, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Trussler v. The Queen* (F.C.A.), 27542, leave to appeal refused with costs, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Tsioubris v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 27774, leave to appeal granted, 2.3.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Turmel c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 27752, leave to appeal refused, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Twin City Mechanical v. The Queen in right of Ontario* (Ont.), 27196, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ulybel Enterprises Ltd. v. The Queen* (Crim.)(Nfld.), 27543, the application for leave to appeal is dismissed and the application for leave to cross-appeal is granted, 23.3.00, la demande d'autorisation d'appel est rejetée et la demande d'autorisation d'appel incident est accordée.
- Union québécoise pour la conservation de la nature c. Brassard* (Qué.), 27421, leave to appeal refused with costs, 1.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vachon (Danyèle) c. Ville de Montréal* (Qué.), 27565, leave to appeal refused with costs, 15.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Vachon (Réjean) c. Caisse Desjardins Lachine/St-Pierre* (Qué.), 27703, leave to appeal refused with costs, 31.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Van de Perre v. Edwards* (B.C.), 27897, leave to appeal granted with costs, 29.6.00, autorisation de pourvoi accordée avec dépens.
- Varma v. Canada Post Corporation* (F.C.A.), 27662, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Venturedyne Ltd. v. General Refractories Co. of Canada Ltd.* (Ont.), 27310, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vigi Santé Ltée c. Procureur général du Québec* (Qué.), 27351, leave to appeal refused with costs, 30.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Vik v. College of Physicians and Surgeons of the Province of Alberta* (Alta.), 27359, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Canderel Ltd.* (Qué.), 27398, leave to appeal refused with costs, 13.4.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Samen Investments Inc.* (Qué.), 27503, leave to appeal refused, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Ville de Sept-Îles c. Syndicat de la Fonction publique, section locale 2589* (Qué.), 27291, leave to appeal granted, 27.1.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Walters v. Northland Bank (In Liquidation)* (B.C.), 27293, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Waterloo County Board of Education v. Kennedy* (Ont.), 27481, leave to appeal refused with costs, 23.3.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Web Offset Publications Ltd. v. Vickery* (Ont.), 27505, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Westec Aerospace Inc. v. Raytheon Aircraft Co.* (B.C.), 27356, leave to appeal granted, 20.4.00, autorisation de pourvoi accordée.
- Westar Petroleum Ltd v. Colborne Capital Corporation* (Alta.), 27188, notice of discontinuance filed, 17.5.00, avis de désistement produit.
- Westergard-Thorpe v. Attorney General of Canada* (Man.), 27778, leave to appeal refused with costs, 10.8.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- White Spot Limited v. British Columbia Labour Relations Board* (B.C.), 27249, leave to appeal refused with costs, 17.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wilson (Kathleen A.) v. The Queen* (F.C.A.)(N.S.), 27283, leave to appeal refused with costs, 3.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Wilson (Ronald H.) v. Anderson* (Ont.), 27523, leave to appeal refused with costs, 25.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- World Relief Canada v. The Queen* (F.C.A.), 27694, leave to appeal refused, 24.8.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Wu v. The Queen* (Crim.)(Qué.), 27599, leave to appeal refused, 18.5.00, autorisation de pourvoi refusée.
- Zellers Inc. v. Sharab Developments Ltd.* (B.C.), 27211, leave to appeal refused with costs, 10.2.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zundel v. Boudria* (Ont.), 27655, leave to appeal refused with costs, 29.6.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Zurich Insurance Co. v. Parkway Enterprises Ltd.* (Nfld.), 27486, leave to appeal refused with costs, 11.5.00, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause
(as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A			
A.G., R. v.	439	Canada (Minister of Employment and Immigration), Granovsky v.	703
A.R.B., R. v.	781	Canada, Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v.	915
Adatia, Friedmann Equity Developments Inc. v.	842	Catcheway, R. v.	838
Ajax (Town) v. CAW, Local 222.....	538	Commission see also "Canada" or the name of province	
Alberta (Attorney General), Public School Boards' Assn. of Alberta v.	44		
Arrance, R. v.	488	F	
Arsenault-Cameron v. Prince Edward Island.....	3	F.N. (Re).....	880
Arthurs, R. v.	481	Final Note Ltd., Friedmann Equity Developments Inc. v.....	842
Attorney General see also "Canada" or the name of province		Friedmann Equity Developments Inc. v. Adatia	842
		Friedmann Equity Developments Inc. v. Final Note Ltd.	842
B			
B. (A.R.), R. v.	781	G	
B. (G.D.), R. v.	520	G. (A.), R. v.	439
Biniaris, R. v.	381	G.D.B., R. v.	520
Boisbriand (City), Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v.....	665	Gabriel, R. v.	838
British Columbia (Securities Commission), Global Securities Corp. v.	494	Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission).....	494
British Columbia (Workers' Compensation Board), Kovach v.....	55	Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	703
Brooks, R. v.	237		
Bunn, R. v.	183	I	
		Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.....	298
C			
CAW, Local 222, Ajax (Town) v.	538	J	
		Jolivet, R. v.	751

	PAGE		PAGE
K		Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	44
Kovach v. British Columbia (Workers' Compensation Board).....	55		
L		Q	
L.F.W., R. v.....	132	Queen see also "R."	
Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.....	638	Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Boisbriand (City).....	665
Lindsay v. Saskatchewan (Workers' Compensation Board).....	59	Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montréal (City)	665
Lovelace v. Ontario.....	950		
M		R	
Minister see also "Canada" or the name of province		R. (R.A.), R. v.....	163
Molodowic, R. v.....	420	R. v. A.G.	439
Montréal (City), Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v.	665	R. v. A.R.B.....	781
		R. v. Arrance.....	488
		R. v. Arthurs.....	481
		R. v. B. (A.R.).....	781
		R. v. B. (G.D.).....	520
		R. v. Biniaris	381
		R. v. Brooks	237
		R. v. Bunn	183
		R. v. Catcheway	838
		R. v. G. (A.).....	439
		R. v. G.D.B.....	520
		R. v. Gabriel.....	838
		R. v. Jolivet	751
		R. v. L.F.W.....	132
		R. v. Molodowic.....	420
		R. v. P. (J.K.D.)	61
		R. v. Proulx	61
		R. v. R. (R.A.).....	163
		R. v. R.A.R.....	163
		R. v. R.N.S.	149
		R. v. S. (R.N.).....	149
		R. v. W. (L.F.).....	132
		R. v. Wells.....	207
		R. v. Wust.....	455
		R.A.R., R. v.....	163
		R.N.S., R. v.	149
		Rascal Trucking Ltd., Nanaimo (City) v.	342
		Reference re Breese	836
		Reference re <i>Firearms Act</i> (Can.)	783
		Reference re Gruenke.....	836
N			
N. (F.) Re	880		
Nanaimo (City) v. Rascal Trucking Ltd.	342		
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera	551		
O			
Office see also "Canada" or the name of province			
Ontario, Lovelace v.....	950		
Oppenheim, Scalera v.	551		
P			
P. (J.K.D.), R. v.	61		
Prince Edward Island, Arsenault-Cameron v.....	3		
Proulx, R. v.	61		
Prudential-Bache Commodities Canada Ltd., Laflamme v.	638		

	PAGE		PAGE
U			
Regina (City) Board of Police Commissioners, Regina Police Assn. Inc. v.	360	Union see also under abbreviated name	
Regina Police Assn. Inc. v. Regina (City) Board of Police Commissioners	360		
S			
S. (R.N.), R. v.	149	W	
Sansalone v. Wawanesa Mutual Insurance Co. ...	627	W. (L.F.), R. v.....	132
Saskatchewan (Workers' Compensation Board), Lindsay v.....	59	Wawanesa Mutual Insurance Co., Sansalone v.	627
Scalera, Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v.	551	Wells, R. v.....	207
Scalera v. Oppenheim	551	Will-Kare Paving & Contracting Ltd. v. Canada	915
		Wust, R. v.....	455
T			
The Queen see also "R."			
Tutkaluk Construction Ltd., Ingles v.	298		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province	
A.G., R. c.	439		
A.R.B., R. c.	781		
Adatia, Friedmann Equity Developments Inc. c.	842	F	
Ajax (Ville) c. TCA, section locale 222	538		
Alberta (Procureur général), Public School Boards' Assn. of Alberta c.	44	F.N. (Re).....	880
Arrance, R. c.	488	Final Note Ltd., Friedmann Equity Developments Inc. c.	842
Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard	3	Friedmann Equity Developments Inc. c. Adatia	842
Arthurs, R. c.	481	Friedmann Equity Developments Inc. c. Final Note Ltd.	842
B			
B. (A.R.), R. c.	781	G	
B. (G.D.), R. c.	520	G. (A.), R. c.	439
Biniaris, R. c.	381	G.D.B., R. c.	520
Boisbriand (Ville), Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c.	665	Gabriel, R. c.	838
Brooks, R. c.	237	Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	494
Bunn, R. c.	183	Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	703
C			
Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), Granovsky c.	703	I	
Canada, Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c.	915	Île-du-Prince-Édouard, Arsenault-Cameron c.	3
Catcheway, R. c.	838	Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.	298
Colombie-Britannique (Securities Commission), Global Securities Corp. c.	494		
Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board), Kovach c.	55	J	
		Jolivet, R. c.	751

	PAGE		PAGE
K		Q	
		Prudential-Bache Commodities Canada Ltd., Laflamme c.	638
Kovach c. Colombie-Britannique (Workers' Com- pensation Board)	55	Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)	44
L		R	
L.F.W., R. c.	132	Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Boisbriand (Ville)	665
La Reine voir aussi «R.»		Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)	665
Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.	638		
Lindsay c. Saskatchewan (Workers' Compensa- tion Board)	59		
Lovelace c. Ontario	950		
M			
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la pro- vince		R. (R.A.), R. c.	163
Molodowic, R. c.	420	R. c. A.G.	439
Montréal (Ville), Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c.	665	R. c. A.R.B.	781
N		R. c. Arrance	488
N. (F.) Re	880	R. c. Arthurs	481
Nanaimo (Ville) c. Rascal Trucking Ltd.	342	R. c. B. (A.R.)	781
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera	551	R. c. B. (G.D.)	520
O		R. c. Biniaris	381
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Brooks	237
Ontario, Lovelace c.	950	R. c. Bunn	183
Oppenheim, Scalera c.	551	R. c. Catcheway	838
P		R. c. G.D.B.	520
P. (J.K.D.), R. c.	61	R. c. Gabriel	838
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Jolivet	751
Proulx, R. c.	61	R. c. L.F.W.	132
		R. c. Molodovic	420
		R. c. P. (J.K.D.)	61
		R. c. Proulx	61
		R. c. R. (R.A.)	163
		R. c. R.A.R.	163
		R. c. R.N.S.	149
		R. c. S. (R.N.)	149
		R. c. W. (L.F.)	132
		R. c. Wells	207
		R. c. Wust	455
		R. v. G. (A.)	439
		R.A.R., R. c.	163
		R.N.S., R. c.	149
		Rascal Trucking Ltd., Nanaimo (Ville) c.	342
		Regina (Ville) Board of Police Commissioners, Regina Police Assn. Inc. c.	360

	PAGE		PAGE
Regina Police Assn. Inc. c. Regina (Ville) Board of Police Commissioners	360	Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
Reine voir aussi «R.»			
Renvoi relatif à Breese.....	836	T	
Renvoi relatif à Gruenke.....	836		
Renvoi relatif à la <i>Loi sur les armes à feu</i> (Can.)	783	TCA, section locale 222, Ajax (Ville) c.	538
		Tutkaluk Construction Ltd., Ingles c.....	298
S			
S. (R.N.), R. c.	149		
Sansalone c. Wawanesa Mutual Insurance Co....	627	W	
Saskatchewan (Workers' Compensation Board), Lindsay c.....	59	W. (L.F.), R. c.....	132
Scalera c. Oppenheim	551	Wawanesa Mutual Insurance Co., Sansalone c....	627
Scalera, Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c.	551	Wells, R. c.	207
		Will-Kare Paving & Contracting Ltd. c. Canada	915
		Wust, R. c.....	455

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
Acrecrest Ltd. v. Hattrell & Partners.....	[1983] 1 All E.R. 17.....	324
Addington v. Texas.....	441 U.S. 418 (1979).....	431
Adler v. Ontario.....	[1996] 3 S.C.R. 609.....	686
Aerojet-General Corp. v. Transport Indemnity Co.....	948 P.2d 909 (1997).....	595
Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 963.....	940
Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 963.....	940
Allan v. New Mount Sinai Hospital.....	(1980), 109 D.L.R. (3d) 634.....	576
Allstate Insurance Co. v. Brown.....	834 F.Supp. 854 (1993).....	595
Allstate Insurance Co. v. Patterson.....	904 F.Supp. 1270 (1995).....	595
Allstate Insurance Co. v. Troelstrup.....	789 P.2d 415 (1990).....	601
Altena v. United Fire and Casualty Co.....	422 N.W.2d 485 (1988).....	617
Alton Renaissance I v. Talamanca Management Ltd.	(1996), 27 B.L.R. (2d) 307.....	867
American States Insurance Co. v. Borbor.....	826 F.2d 888 (1987).....	616
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	685, 720, 1004
Anns v. Merton London Borough Council.....	[1977] 2 All E.R. 492.....	309
Attorney General for Ontario v. Scott.....	[1956] S.C.R. 137.....	502
Attorney General of Canada v. Pattison.....	(1981), 30 A.R. 83.....	800
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada.....	[1939] A.C. 117.....	507, 797
Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada.....	[1937] A.C. 368.....	813
B		
B.B. v. Continental Insurance Co.....	8 F.3d 1288 (1993).....	616
B.P. Canada Inc. v. Comco Service Station Construction & Maintenance Ltd.	(1990), 73 O.R. (2d) 317.....	595
Bacon v. McBride.....	(1984), 6 D.L.R. (4th) 96.....	596
Bahlsen c. Canada (Ministre des Transports).....	[1997] 1 C.F. 800.....	691
Bahlsen v. Canada (Minister of Transport).....	[1997] 1 F.C. 800.....	691
Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs.....	[1996] 3 S.C.R. 566.....	686, 730, 980
Bazinet v. Wood Gundy Inc.	[1997] R.R.A. 273.....	662
Bazley v. Curry.....	[1999] 2 S.C.R. 534.....	635

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Beatty c. Inns.....	[1953] B.R. 349	651
Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics inc.....	[1996] 2 R.C.S. 345.....	683
Bell Canada v. COPE (Sarnia) Ltd.....	(1980), 11 C.C.L.T. 170.....	564
Benner c. Canada (Secrétaire d'État).....	[1997] 1 R.C.S. 358.....	686, 990
Benner v. Canada (Secretary of State).....	[1997] 1 S.C.R. 358.....	686, 990
Bettel v. Yim.....	(1978), 20 O.R. (2d) 617.....	605
Blatch v. Archer.....	(1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969	766
Boggs c. La Reine.....	[1981] 1 R.C.S. 49.....	807
Boggs v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 49.....	807
Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.....	[1997] 3 S.C.R. 1210.....	334, 871
Brissette Estate v. Westbury Life Insurance Co.	[1992] 3 S.C.R. 87.....	591
Brissette, Succession c. Westbury Life Insurance Co.	[1992] 3 R.C.S. 87.....	591
British Columbia (Public Service Employee Relations Commission) v. BCGSEU.....	[1999] 3 S.C.R. 3.....	683, 726
British Columbia (Superintendent of Motor Vehicles) v. British Columbia (Council of Human Rights).....	[1999] 3 S.C.R. 868.....	700, 726
Brooks v. Canada Safeway Ltd.....	[1989] 1 S.C.R. 1219.....	686, 988
Brossard (Town) v. Quebec (Commission des droits de la personne).....	[1988] 2 S.C.R. 279.....	689
Brossard (Ville) c. Québec (Commission des droits de la personne).....	[1988] 2 R.C.S. 279.....	689
Brown v. Crashaw.....	(1613), 2 Bulstr. 154, 80 E.R. 1028.....	263
Brown v. The Queen.....	[1962] S.C.R. 371.....	267
Brushett v. Cowan.....	(1990), 3 C.C.L.T. (2d) 195.....	576

C

Canada v. Antosko.....	[1994] 2 S.C.R. 312.....	942
Canada v. Hawboldt Hydraulics (Canada) Inc. (Trustee of).....	[1995] 1 F.C. 830.....	926
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	683
Canada (Attorney General) v. Public Service Alliance of Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 941.....	542, 544
Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.	[1997] 1 R.C.S. 748.....	542
Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.....	[1997] 1 S.C.R. 748.....	542
Canada (Procureur général) c. Alliance de la Fonction publique du Canada.....	[1993] 1 R.C.S. 941.....	542, 544
Canada (Procureur général) c. Mossop.....	[1993] 1 R.C.S. 554.....	683
Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank ...	(1987), 46 D.L.R. (4th) 37.....	860
Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board).....	[1995] 1 S.C.R. 157.....	545
Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson.....	[1998] 3 S.C.R. 157.....	1010
Canadian Indemnity Co. c. Procureur général de la Colombie-Britannique.....	[1977] 2 R.C.S. 504.....	809
Canadian Indemnity Co. v. Attorney-General of British Columbia.....	[1977] 2 S.C.R. 504.....	809
Canadian Indemnity Co. v. Walkem Machinery & Equipment Ltd.....	[1976] 1 S.C.R. 309.....	602
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	687
Canadian Union of Public Employees v. Metropolitan Parking Inc.....	[1979] O.L.R.B. Rep. 1193.....	545
Central Alberta Dairy Pool v. Alberta (Human Rights Commission).....	[1990] 2 S.C.R. 489.....	689

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Chesterfield and Midland Silkstone Colliery Co. v. Hawkins.....	(1865), 3 H. & C. 677, 159 E.R. 698	870
Ciglen c. La Reine	[1970] R.C.S. 804	402
Ciglen v. The Queen	[1970] S.C.R. 804	402
Cinq-Mars v. Transports Provost Inc.	(1988), 9 C.H.R.R. D/4704	691
Clayton v. New Dreamland Roller Skating Rink, Inc.	82 A.2d 458 (1951)	607
Cleburne v. Cleburne Living Centre, Inc.	473 U.S. 432 (1985)	735
CNA Insurance Co. v. McGinnis	666 S.W.2d 689 (1984)	616
Cole v. Turner	(1704), 6 Mod. 149, 87 E.R. 907	566
Collins v. Canada	[2000] 2 F.C. 3	988
Collins v. Wilcock.....	[1984] 3 All E.R. 374.....	560
Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU	[1999] 3 R.C.S. 3.....	683, 727
Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles) c. Colombie-Britannique (Council of Human Rights)	[1999] 3 R.C.S. 868.....	700, 726
Colonial Coach Lines Ltd. v. Bennett	[1968] 1 O.R. 333.....	338
Colorado Farm Bureau Mutual Insurance Co. v. Snowbarger.....	934 P.2d 909 (1997).....	595
Colpitts v. The Queen	[1965] S.C.R. 739.....	267
Commission des droits de la personne du Québec c. Brasserie O'Keefe Ltée.....	C.S. Mtl., n° 500-05-005826-878, 13 septembre 1990.....	694
Commission des droits de la personne du Québec c. Côte St-Luc (Cité de).....	[1982] C.S. 795.....	693
Commission des droits de la personne du Québec c. Héroux	(1981), 2 C.H.R.R. D/388	693
Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal (Ville de).....	D.T.E. 94T-600	694
Commission des droits de la personne du Québec c. Montréal-Nord (Ville de)	[1990] R.J.Q. 2765	693
Commission des droits de la personne du Québec c. Paquet	[1981] C.P. 78.....	693
Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Laval	[1983] C.S. 961.....	692
Commission des droits de la personne du Québec c. Ville de Montréal	[1994] R.J.Q. 2097	694
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	683
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1987] 1 R.C.S. 1114.....	687
Conner v. Transamerica Insurance Co.	496 P.2d 770 (1972).....	594
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.	[1980] 1 S.C.R. 888.....	592
Consortium Developments (Clearwater) Ltd. c. Sarnia (Ville).....	[1998] 3 R.C.S. 3.....	813
Consortium Developments (Clearwater) Ltd. v. Sarnia (City)	[1998] 3 S.C.R. 3.....	813
Continental Bank Leasing Corp. v. Canada	[1998] 2 S.C.R. 298.....	934, 940
Cook v. Lewis	[1951] S.C.R. 830.....	560, 607
Co-operative Fire & Casualty Co. v. Saindon.....	[1976] 1 S.C.R. 735.....	587, 633
Corbett c. La Reine.....	[1975] 2 R.C.S. 275.....	405, 449
Corbett v. The Queen.....	[1975] 2 S.C.R. 275.....	405, 449

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	[1999] 2 R.C.S. 203.....	967
Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs).....	[1999] 2 S.C.R. 203.....	967
Coward v. Baddeley.....	(1859), 4 H. & N. 478, 157 E.R. 927.....	609
Crowley v. Lewis.....	146 N.E. 374 (1925).....	876
Crown Tire Service Ltd. c. La Reine.....	[1984] 2 C.F. 219.....	929, 937
Crown Tire Service Ltd. v. The Queen.....	[1984] 2 F.C. 219.....	929, 937
Cunningham v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 143.....	90
D		
Dagenais c. Société Radio-Canada.....	[1994] 3 R.C.S. 835.....	896
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....	896
Dahlberg v. Naydiuk.....	(1969), 10 D.L.R. (3d) 319.....	561
Danson c. Ontario (Procureur général).....	[1990] 2 R.C.S. 1086.....	47
Danson v. Ontario (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1086.....	47
Davison v. St. Paul Lutheran Home of Melville, Saskatchewan.....	(1992), 15 C.H.R.R. D/81.....	690
De Jong v. Horlacher Holdings Ltd.....	(1989), 10 C.H.R.R. D/6283.....	690
Delgamuukw c. Colombie-Britannique.....	[1997] 3 R.C.S. 1010.....	1012
Delgamuukw v. British Columbia.....	[1997] 3 S.C.R. 1010.....	1012
Devlin v. Co-operative Fire & Casualty Co.....	(1978), 90 D.L.R. (3d) 444.....	619
Doré c. Verdun (Ville).....	[1997] 2 R.C.S. 862.....	797
Doré v. Verdun (City).....	[1997] 2 S.C.R. 862.....	797
Dormuth v. Untereiner.....	[1964] S.C.R. 122.....	48
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	985
Duke Group Ltd. (in Liquidation) v. Pilmer & Ors.....	[1998] A.S.O.U. 6529 (QL).....	767
E		
Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant.....	[1997] 1 R.C.S. 241.....	687, 720, 987
Eaton v. Brant County Board of Education.....	[1997] 1 S.C.R. 241.....	687, 720, 987
Edelstein Construction Ltd. v. Fire Pit Inc.....	(1996), 30 O.R. (3d) 383.....	860
Edwards v. Attorney-General for Canada.....	[1930] A.C. 124.....	503
Egan v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 513.....	686, 734, 985
Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1997] 3 R.C.S. 624.....	688, 720, 986
Eldridge v. British Columbia (Attorney General).....	[1997] 3 S.C.R. 624.....	688, 720, 986
Ellison v. Rogers.....	(1967), 67 D.L.R. (2d) 21.....	561, 619
F		
F.G. v. Board of Education of Scarborough.....	(1994), 68 O.A.C. 308.....	912
Fanjoy c. La Reine.....	[1985] 2 R.C.S. 233.....	290
Fanjoy v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 233.....	290
Fitzgerald v. Lane.....	[1988] 2 All E.R. 961.....	338
Forde v. Skinner.....	(1830), 4 Car. & P. 239, 172 E.R. 687.....	570
Forget c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 90.....	687

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Forget v. Quebec (Attorney General)	[1988] 2 S.C.R. 90.....	687
Fowler v. Lanning.....	[1959] 1 Q.B. 426.....	563
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	622
Freeman v. Home Office	[1983] 3 All E.R. 589.....	570, 610
Friesen v. Canada.....	[1995] 3 S.C.R. 103.....	940

G

Gagnon c. La Reine	[1998] R.J.Q. 2636	92
Garratt v. Dailey.....	279 P.2d 1091 (1955).....	606
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing.....	[1989] 1 S.C.R. 641.....	505, 802
Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)	[2000] 1 R.C.S. 494, 2000 CSC 21	796
Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission).....	[2000] 1 S.C.R. 494, 2000 SCC 21.....	796
Godbout c. Longueuil (Ville).....	[1997] 3 R.C.S. 844.....	356, 688
Godbout v. Longueuil (City)	[1997] 3 S.C.R. 844.....	356, 688
Goodyear Tire and Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.	[1956] S.C.R. 610.....	113
Gould v. Yukon Order of Pioneers.....	[1996] 1 S.C.R. 571.....	684
Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)	[2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28.....	988
Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)	[2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28.....	988
Gravel c. Cité de St-Léonard.....	[1978] 1 R.C.S. 660.....	113, 692
Gravel v. City of St-Léonard.....	[1978] 1 S.C.R. 660.....	112, 692
Graves v. United States	150 U.S. 118 (1893).....	767
Gray v. Zurich Insurance Co.	419 P.2d 168 (1966).....	596
Green v. Goddard.....	(1704), 2 Salkeld 641, 91 E.R. 540.....	570
Gregory & Co. v. Quebec Securities Commission.....	[1961] S.C.R. 584.....	512
Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.....	[1999] 3 S.C.R. 423.....	592

H

H. (G.) v. Shamrock School Division No. 38 (Sask.) Board of Education	[1987] 3 W.W.R. 270.....	912
H. v. R.	[1996] 1 N.Z.L.R. 299.....	570, 610
H. W. Liebig & Co. v. Leading Investments Ltd.	[1986] 1 S.C.R. 70.....	939
Hall v. Hebert.....	[1993] 2 S.C.R. 159	325
Halliburton Services Ltd. c. La Reine.....	[1985] A.C.F. n° 528 (QL)	930, 937
Halliburton Services Ltd. v. The Queen	85 D.T.C. 5336	930, 937
Hambley v. Shepley	(1967), 63 D.L.R. (2d) 94	607
Harder v. Brown.....	(1989), 50 C.C.L.T. 85.....	614
Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec.....	[1978] 1 R.C.S. 851.....	947
Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec	[1978] 1 S.C.R. 851.....	947
Harmer v. Armstrong	[1934] Ch. 65.....	852
Harrison c. Université de la Colombie-Britannique	[1990] 3 R.C.S. 451.....	1005
Harrison v. University of British Columbia.....	[1990] 3 S.C.R. 451.....	1004
Hatton v. Webb.....	(1977), 81 D.L.R. (3d) 377	619

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Hebert v. The Queen.....	[1955] S.C.R. 120.....	267
Hodgkinson v. Simms.....	[1994] 3 S.C.R. 377.....	646
Holt v. Verbruggen.....	(1981), 20 C.C.L.T. 29.....	606
Horace Mann Insurance Co. v. Independent School District No. 656	355 N.W.2d 413 (1984).....	616
Horace Mann Insurance Co. v. Leeber.....	376 S.E.2d 581 (1988).....	601
Hospitality Investments Ltd. v. Everett Lord Building Construction Ltd.....	[1996] 3 S.C.R. 605.....	326
Hospitality Investments Ltd. v. Lord (Everett) Building Construc- tion Ltd.....	(1993), 143 N.B.R. (2d) 258.....	309
Houg v. State Farm Fire and Casualty Co.	481 N.W.2d 393 (1992).....	600
Humphries v. Connor.....	(1864), 17 Ir. Com. L. Rep. 1.....	570
Huppe c. Régie de l'assurance-automobile du Québec.....	J.E. 84-303.....	693
I		
In re F.....	[1990] 2 A.C. 1.....	568
Indemnity Insurance Co. of North America v. Excel Cleaning Service.....	[1954] S.C.R. 169.....	591
Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink.....	[1982] 2 S.C.R. 145.....	683
J		
J.C. Penney Casualty Insurance Co. v. M.K.	804 P.2d 689 (1991).....	616
Jacobi v. Griffiths.....	[1999] 2 S.C.R. 570.....	635
Janzen v. Platy Entreprises Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1252.....	180, 687
Just c. Colombie-Britannique.....	[1989] 2 R.C.S. 1228.....	311
Just v. British Columbia.....	[1989] 2 S.C.R. 1228.....	311
K		
K.V.P. Co. v. McKie.....	[1949] S.C.R. 698.....	48
Kamloops (City of) v. Nielsen.....	[1984] 2 S.C.R. 2.....	308
Kamloops (Ville de) c. Nielsen.....	[1984] 2 R.C.S. 2.....	308
Kates v. Hall.....	[1990] 5 W.W.R. 569.....	595
Keighley Maxsted & Co. v. Durant.....	[1901] A.C. 240.....	855
Kirkpatrick v. Crutchfield.....	100 S.E. 602 (1919).....	607
Kootenay Savings Credit Union v. Toudy.....	(1987), 22 B.C.L.R. (2d) 201.....	852
Kruse v. Johnson.....	[1898] 2 Q.B. 91.....	357
Kwiatkowsky c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration.....	[1982] 2 R.C.S. 856.....	112
Kwiatkowsky v. Minister of Employment and Immigration.....	[1982] 2 S.C.R. 856.....	112
L		
La Reine c. Nowasco Well Service Ltd.....	90 D.T.C. 6312.....	930
Labelle v. Air Canada.....	(1983), 4 C.H.R.R. D/1311.....	690
Ladore v. Bennett.....	[1939] A.C. 468.....	508

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Lampard v. The Queen	[1969] S.C.R. 373	400
Larin v. Goshen.....	(1974), 56 D.L.R. (3d) 719	561
Lavoie v. Nova Scotia (Attorney-General).....	(1988), 50 D.L.R. (4th) 405.....	37
Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1999] 1 R.C.S. 497.....	686,718, 961
Lawyers Title Insurance Corp. v. Knopf	674 A.2d 65 (1996)	595
Leame v. Bray.....	(1803), 3 East 593, 102 E.R. 724.....	562
Leischner v. West Kootenay Power & Light Co.....	(1986), 24 D.L.R. (4th) 641	339
Lemay v. The King.....	[1952] 1 S.C.R. 232.....	762
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.....	547
Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Lo- cal 740	[1990] 3 S.C.R. 644.....	547
Letang v. Cooper.....	[1965] 1 Q.B. 232.....	563
Linebaugh v. Berdish.....	376 N.W.2d 400 (1985)	600
Long v. Gardner.....	(1983), 144 D.L.R. (3d) 73	606
Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan Board of Education v. Schatz	(1986), 18 C.C.L.I. 232	619
Lord's Day Alliance of Canada v. Attorney General of British Columbia	[1959] S.C.R. 497	807
Lymburn v. Mayland.....	[1932] 2 D.L.R. 6	512
Lyth v. Dagg.....	(1988), 46 C.C.L.T. 25	614

M

M & D Farm Ltd. c. Société du crédit agricole du Manitoba	[1999] 2 R.C.S. 961.....	352
M & D Farm Ltd. v. Manitoba Agricultural Credit Corp.	[1999] 2 S.C.R. 961.....	352
M. (K.) v. M. (H.).....	[1992] 3 S.C.R. 6.....	569, 601
M. (M.) v. K. (K.).....	(1989), 61 D.L.R. (4th) 392.....	614
M. v. H.	[1999] 2 S.C.R. 3.....	984
M'Alister v. Stevenson	[1932] A.C. 562.....	621
MacAskill v. The King.....	[1931] S.C.R. 330.....	871
Mahe v. Alberta.....	[1990] 1 S.C.R. 342.....	17
Mahoney c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 834.....	396, 756
Mahoney v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 834.....	396, 756
Manchuk v. The King.....	[1938] S.C.R. 341	267
Mandel v. The Permanent.....	(1985), 7 O.A.C. 365.....	608
Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Manitoba)	(1987), 50 Man. R. (2d) 92.....	1006
Marbar Holdings Ltd. v. 221,401 B.C. Ltd.	(1984), 54 B.C.L.R. 169.....	866
Marchessault c. La Reine.....	C.A. Mtl., n° 500-10-000035-848, 12 juillet 1984.....	203
Marchessault v. La Reine	C.A. Mtl., No. 500-10-000035-848, July 12, 1984	203
Margolius v. Diesbourg.....	[1937] S.C.R. 183	858

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Martinoff v. Dawson	(1990), 57 C.C.C. (3d) 482	800
Matlock v. Canora Holdings Ltd.....	(1983), 4 C.H.R.R. D/1576	690
McCrea v. White Rock	[1975] 2 W.W.R. 593	326
McFall c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 321	267
McFall v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 321	267
McGuigan c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 284.....	800
McGuigan v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 284.....	800
McGuire v. McGuire.....	[1953] O.R. 328	514
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	686, 985
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	686, 985
McMartin v. The Queen	[1964] S.C.R. 484	529
McMullen v. McMullen.....	145 So.2d 568 (1962).....	876
Menow v. Honsberger Ltd.....	[1970] 1 O.R. 54.....	339
Mines v. Calumet Investments Ltd.	[1959] C.S. 455.....	654
Miron v. Trudel	[1995] 2 S.C.R. 418.....	686, 734, 990
Mitchell c. Bande indienne Peguis.....	[1990] 2 R.C.S. 85.....	813
Mitchell v. Board of Police Commissioners of the City of Moose Jaw.....	Saskatchewan Police Commission, August 26, 1992	379
Mitchell v. Peguis Indian Band.....	[1990] 2 S.C.R. 85.....	813
Modern Livestock Ltd. v. Kansa General Insurance Co.....	(1993), 11 Alta. L.R. (3d) 355.....	595
Morgentaler c. La Reine	[1976] 1 R.C.S. 616.....	807
Morgentaler v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 616.....	807
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon.....	[1982] 2 S.C.R. 161.....	515
Murray v. Saskatoon	[1952] 2 D.L.R. 499	767
N		
Nalbandian v. Hanson Restaurant & Lounge, Inc.....	338 N.E.2d 335 (1975).....	856
Napev Construction Ltd. v. Lebedinsky	(1984), 7 C.L.R. 57	860
Nationwide Mutual Fire Insurance Co. v. Lajoie.....	661 A.2d 85 (1995)	601
New Brunswick v. O'Leary.....	[1995] 2 S.C.R. 967.....	367
Newcastle (Town) v. Mattatall	(1988), 52 D.L.R. (4th) 356.....	619
Newfoundland & Labrador Housing Corp. v. Suburban Construc- tion Ltd.	(1987), 38 D.L.R. (4th) 150.....	867
Nichols v. American Home Assurance Co.	[1990] 1 S.C.R. 801.....	593
Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera.....	[2000] 1 S.C.R. 551, 2000 SCC 24....	629, 630
Norberg v. Wynrib	[1992] 2 S.C.R. 226.....	561, 607
Nouveau-Brunswick c. O'Leary	[1995] 2 R.C.S. 967.....	367
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil.....	[1978] 2 S.C.R. 662.....	802
Nowegijick c. La Reine	[1983] 1 R.C.S. 29.....	947
Nowegijick v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 29.....	947
O		
O'Bonsawin v. Paradis.....	(1993), 15 C.C.L.T. (2d) 188.....	576

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
O'Donnell v. Reichard	[1975] V.R. 916	768
Office canadien de commercialisation des oeufs c. Richardson	[1998] 3 R.C.S. 157	1010
Olbey c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 1008	267
Olbey v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 1008	267
Ontario (Solicitor General) v. Ontario (Information and Privacy Commissioner)	[1996] O.J. No. 2218 (QL)	898
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	683
Ontario Human Rights Commission v. Ontario	(1994), 19 O.R. (3d) 387	976
Operation Dismantle Inc. c. La Reine	[1985] 1 R.C.S. 441	27
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	27

P

Palmer c. La Reine	[1980] 1 R.C.S. 759	48, 527
Palmer v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 759	48, 527
Parsons v. Standard Fire Insurance Co.	(1880), 5 S.C.R. 233	591
Peerless Insurance Co. v. Viegas	667 A.2d 785 (1995)	597
Person Unknown v. S. (M.)	(1986), 43 M.V.R. 306	904
Pfizer Co. c. Sous-ministre du Revenu national pour les douanes et l'accise	[1977] 1 R.C.S. 456	113
Pfizer Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise	[1977] 1 S.C.R. 456	113
Pistolesi v. Nationwide Mutual Fire Insurance Co.	644 N.Y.S.2d 819 (1996)	620
Porter v. Pelton	(1903), 33 S.C.R. 449	857
Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)	[1994] 1 R.C.S. 231	345
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	815
Proulx v. Société de placements & Co.	[1976] C.A. 121	654
Provincial Secretary of Prince Edward Island v. Egan	[1941] S.C.R. 396	809
Pursell v. Horn	(1838), 8 AD. & E. 602, 112 E.R. 966	570
Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)	[1998] 1 R.C.S. 982	355
Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)	[1998] 1 S.C.R. 982	355

Q

Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Montreal (City)	[2000] 1 S.C.R. 625, 2000 SCC 27	725
Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Montréal (Ville)	[2000] 1 R.C.S. 665, 2000 CSC 27	725
Québec (Commission des droits de la personne) c. Lessard, Beau- cage, Lemieux Inc.	(1992), 19 C.H.R.R. D/441	694
Québec (Commission des droits de la personne) c. Montréal (Com- munauté urbaine)	(1992), 16 C.H.R.R. D/141	694

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours	[1994] 3 R.C.S. 3.....	941
R		
R. c. Bergeron	[1998] A.Q. n° 3539 (QL)	202
R. c. Lapierre.....	[1998] R.J.Q. 677	460
R. v. A.G.	[2000] 1 S.C.R. 439, 2000 SCC 17....	386, 423
R. v. A.M.M.	[1994] O.J. No. 1178 (QL)	898
R. v. Alain	(1997), 119 C.C.C. (3d) 177	460
R. v. Alfred.....	(1998), 122 C.C.C. (3d) 213	146
R. v. Arrance	[2000] 1 S.C.R. 488, 2000 SCC 20....	464, 482
R. v. Arthurs.....	[2000] 1 S.C.R. 481, 2000 SCC 19....	464, 489
R. v. Audet	[1996] 2 S.C.R. 171.....	180
R. v. B. (F.F.).....	[1993] 1 S.C.R. 697.....	267
R. v. B. (G.).....	[1990] 2 S.C.R. 57.....	402, 448
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	871
R. v. Barker	(1995), 102 Man. R. (2d) 305.....	202
R. v. Barnard.....	(1823), 1 Car. & P. 87, 171 E.R. 1113....	264
R. v. Baskerville.....	[1916] 2 K.B. 658.....	264
R. v. Beaulac	[1999] 1 S.C.R. 768.....	25
R. v. Bevan.....	(1991), 63 C.C.C. (3d) 333	290
R. v. Bevan.....	[1993] 2 S.C.R. 599.....	248, 265, 777
R. v. Biancofiore	(1997), 119 C.C.C. (3d) 344	130
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	796
R. v. Bill	(1998), 13 C.R. (5th) 125.....	466
R. v. Biniaris	[2000] 1 S.C.R. 381, 2000 SCC 15...423, 444, 756	
R. v. Blakeley	(1998), 40 O.R. (3d) 541.....	130
R. v. Blundon	(1993), 84 C.C.C. (3d) 249	402
R. v. Boudreau	[1996] N.W.T.J. No. 107 (QL)	180
R. v. Brady	(1998), 121 C.C.C. (3d) 504	218, 389
R. v. Brown.....	(1976), 36 C.R.N.S. 246.....	461, 484
R. v. Broyles.....	[1991] 3 S.C.R. 595.....	291
R. v. Bunn	[2000] 1 S.C.R. 183, 2000 SCC 9.....	135, 151, 167
R. v. Burke	[1996] 1 S.C.R. 474.....	405, 452
R. v. C.V.	[1993] O.J. No. 1512 (QL)	410
R. v. Cain	(1996), 90 O.A.C. 156.....	250
R. v. Caja.....	(1977), 36 C.C.C. (2d) 401	87
R. v. Carleton	(1981), 32 A.R. 181.....	432
R. v. Chaisson	[1995] 2 S.C.R. 1118.....	68
R. v. Chase	[1987] 2 S.C.R. 293.....	444
R. v. Chiasson	(1982), 66 C.C.C. (2d) 195	814
R. v. Chief	(1989), 51 C.C.C. (3d) 265	467
R. v. Cook	[1997] 1 S.C.R. 1113.....	762

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Cosman's Furniture (1972) Ltd.....	(1976), 73 D.L.R. (3d) 312.....	803
R. v. Cuthbert.....	(1998), 101 B.C.A.C. 147.....	146
R. v. D. (P.).....	(1999), 139 C.C.C. (3d) 274.....	146
R. v. Dunn.....	[1995] 1 S.C.R. 226... 156, 173, 178, 192, 199	
R. v. Dupuis.....	(1995), 98 C.C.C. (3d) 496.....	772
R. v. Esau.....	[1997] 2 S.C.R. 777.....	443
R. v. Ewanchuk.....	[1999] 1 S.C.R. 330..... 178, 443, 612	
R. v. Felawka.....	[1993] 4 S.C.R. 199.....	805
R. v. Fleet.....	(1997), 120 C.C.C. (3d) 457.....	124
R. v. Foran.....	[1970] 1 C.C.C. 336.....	204
R. v. François.....	[1994] 2 S.C.R. 827.....	443, 452
R. v. Frumusa.....	(1996), 112 C.C.C. (3d) 211.....	285
R. v. Furtney.....	[1991] 3 S.C.R. 89.....	807
R. v. G. (R.M.).....	[1996] 3 S.C.R. 362.....	267
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	68
R. v. Gingera.....	[1966] 1 C.C.C. 273.....	203
R. v. Gladue.....	[1999] 1 S.C.R. 688... 195, 201, 211, 378, 467	
R. v. Glasgow.....	(1996), 110 C.C.C. (3d) 57.....	250
R. v. Goltz.....	[1991] 3 S.C.R. 485.....	466
R. v. Gravino.....	[1995] O.J. No. 3109 (QL).....	252
R. v. Greenbaum.....	[1993] 1 S.C.R. 674.....	351
R. v. H. (D.S.) and N. (J.D.).....	[1994] 2 S.C.R. 392.....	402
R. v. H.E.A.....	[1984] O.J. No. 707 (QL).....	904
R. v. Hainnu.....	[1998] N.W.T.J. No. 101 (QL).....	467
R. v. Hamilton.....	[1997] Q.J. No. 67 (QL).....	404
R. v. Haughton.....	[1994] 3 S.C.R. 516.....	290
R. v. Hayes.....	[1989] 1 S.C.R. 449.....	266
R. v. Hess.....	[1990] 2 S.C.R. 906.....	686
R. v. Hinchey.....	[1996] 3 S.C.R. 1128.....	267
R. v. Hollinsky.....	(1995), 103 C.C.C. (3d) 472.....	130
R. v. Horvath.....	[1997] 8 W.W.R. 357.....	101
R. v. Hydro-Québec.....	[1997] 3 S.C.R. 213.....	506, 795
R. v. I.....	[1998] O.J. No. 5713 (QL).....	146
R. v. Jacquard.....	[1997] 1 S.C.R. 314.....	267
R. v. Jensen.....	(1996), 106 C.C.C. (3d) 430.....	404
R. v. Joannis.....	(1995), 102 C.C.C. (3d) 35.....	531
R. v. Jobidon.....	[1991] 2 S.C.R. 714.....	871
R. v. Jones.....	(1809), 2 Camp. 131, 170 E.R. 1105.....	263
R. v. Keeper.....	(1993), 88 Man. R. (2d) 156.....	410
R. v. Kelleher.....	[1995] M.J. No. 398 (QL).....	202
R. v. Kelly.....	(1971), 6 C.C.C. (2d) 186.....	428
R. v. Kienapple.....	[1975] 1 S.C.R. 729.....	152, 188
R. v. Koffman and Hirschler.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 232.....	772
R. v. L.....	(1986), 50 C.R. (3d) 398.....	87
R. v. L. (J.H.H.P.).....	(1992), 75 C.C.C. (3d) 165.....	410

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. L.F.W.....	[2000] 1 S.C.R. 132, 2000 SCC 6.....	151, 161, 167, 188, 212
R. v. Lapierre	(1998), 123 C.C.C. (3d) 332.....	460
R. v. Lavallee	[1990] 1 S.C.R. 852.....	426
R. v. Lavender.....	(1981), 59 C.C.C. (2d) 551.....	87
R. v. Leimanis	[1992] B.C.J. No. 2280 (QL).....	466
R. v. Lifchus.....	[1997] 3 S.C.R. 320.....	267
R. v. Livermore.....	[1995] 4 S.C.R. 123.....	267
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309.....	121
R. v. M. (C.A.).....	[1996] 1 S.C.R. 500.....	143, 160, 175, 197, 199, 217, 368, 467
R. v. M. (E.H.B.)	(1996), 106 C.C.C. (3d) 535.....	895
R. v. M. (J.J.)	[1993] 2 S.C.R. 421.....	895
R. v. M. (M.R.)	[1998] 3 S.C.R. 393.....	897
R. v. M. (P.S.).....	(1992), 77 C.C.C. (3d) 402.....	528
R. v. Maheu.....	[1997] R.J.Q. 410, 116 C.C.C. (3d) 361.....	99
R. v. Mailloux	(1985), 25 C.C.C. (3d) 171.....	426
R. v. Mailloux	[1988] 2 S.C.R. 1029.....	428
R. v. Malcolm.....	(1993), 81 C.C.C. (3d) 196.....	410
R. v. Manolescu	(1997), 202 A.R. 241.....	203
R. v. Marquard	[1993] 4 S.C.R. 223.....	267
R. v. McCraw	[1991] 3 S.C.R. 72.....	615
R. v. McDonald.....	(1997), 113 C.C.C. (3d) 418.....	88
R. v. McDonald.....	(1998), 127 C.C.C. (3d) 57.....	461
R. v. McDonnell	[1997] 1 S.C.R. 948.....	112, 217
R. v. McGillivray	(1991), 62 C.C.C. (3d) 407.....	467
R. v. McGloan.....	[1976] 2 S.C.R. 842.....	395
R. v. McIntosh.....	[1995] 1 S.C.R. 686.....	474, 942
R. v. McMaster.....	[1996] 1 S.C.R. 740.....	775
R. v. McVeigh	(1985), 22 C.C.C. (3d) 145.....	130
R. v. Mills.....	(1999), 133 C.C.C. (3d) 451.....	461
R. v. Mills.....	[1999] 3 S.C.R. 668.....	611
R. v. Molodowic.....	[2000] 1 S.C.R. 420, 2000 SCC 16.....	344, 386
R. v. Morgentaler	[1993] 3 S.C.R. 463.....	507, 796
R. v. Morrisey	(1998), 124 C.C.C. (3d) 38.....	460
R. v. N. (K.).....	(1989), 51 C.C.C. (3d) 404.....	898
R. v. N.D.	[1993] O.J. No. 2139 (QL).....	410
R. v. Nantais.....	[1966] 2 O.R. 246.....	395
R. v. Northcott.....	[1980] 5 W.W.R. 38.....	800
R. v. O'Connor.....	(1998), 123 C.C.C. (3d) 487.....	406
R. v. O'Connor.....	[1995] 4 S.C.R. 411.....	764
R. v. O'Keefe	(1968), 53 Cr. App. R. 91.....	97
R. v. Oliver.....	(1997), 99 O.A.C. 234.....	146
R. v. Oliver.....	[1977] 5 W.W.R. 344.....	203
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595.....	178, 443, 611
R. v. Osvath.....	(1996), 87 O.A.C. 274.....	404

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. P.M.	[1999] O.J. No. 421 (QL)	146
R. v. Pamajewon	[1996] 2 S.C.R. 821.....	968
R. v. Parker.....	(1997), 116 C.C.C. (3d) 236	101
R. v. Pasacreta.....	[1995] B.C.J. No. 2823 (QL).....	466
R. v. Patterson	(1946), 87 C.C.C. 86	468
R. v. Pearson	[1992] 3 S.C.R. 665.....	476
R. v. Perry	[1996] 2 C.N.L.R. 167	975
R. v. Pétel.....	[1994] 1 S.C.R. 3.....	775
R. v. Pierce.....	(1997), 114 C.C.C. 23	95
R. v. Pittman.....	[1994] 1 S.C.R. 148.....	266
R. v. Potvin.....	[1989] 1 S.C.R. 525.....	244
R. v. Powley.....	[1999] 1 C.N.L.R. 153	964
R. v. Price.....	[1993] 3 S.C.R. 633.....	529
R. v. Proulx	[2000] 1 S.C.R. 61, 2000 SCC 5.....	135, 146, 151, 166, 177, 187, 199, 212
R. v. R.A.R.	[2000] 1 S.C.R. 163, 2000 SCC 8.....	131, 135, 151, 188, 198, 212
R. v. R.N.S.	[2000] 1 S.C.R. 149, 2000 SCC 7.....	135, 167, 181, 188, 198, 212
R. v. R.R.E.	[1998] O.J. No. 2226 (QL)	146
R. v. Ratti	[1991] 1 S.C.R. 68.....	426
R. v. Reitsma.....	[1998] 1 S.C.R. 769.....	406
R. v. Rezaie	(1996), 112 C.C.C. (3d) 97	470
R. v. Robinson.....	[1996] 1 S.C.R. 683.....	871
R. v. Romeo	[1991] 1 S.C.R. 86.....	267
R. v. Rooke.....	(1988), 40 C.C.C. (3d) 484	766
R. v. Rudd	(1775), 1 Cowp. 331, 98 E.R. 1114	263
R. v. Ryan.....	[1976] 6 W.W.R. 668.....	202
R. v. S. (R.D.).....	[1997] 3 S.C.R. 484.....	443
R. v. S. (S.).....	[1990] 2 S.C.R. 254.....	686
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654.....	871
R. v. Salmon.....	Alta. Q.B., Calgary 9001-2179-02, October 21, 1991	203
R. v. Sanderson	(1999), 134 Man. R. (2d) 191.....	291
R. v. Sanko	[1998] O.J. No. 1026 (QL)	460
R. v. Schwartz	[1988] 2 S.C.R. 443.....	800
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	443, 611
R. v. Shandro.....	(1985), 65 A.R. 311.....	203
R. v. Sharma.....	[1993] 1 S.C.R. 650.....	351
R. v. Shropshire.....	[1995] 4 S.C.R. 227.....	90, 145, 217
R. v. Simmons.....	(1998), 105 O.A.C. 360.....	285
R. v. Simpson	[1988] 1 S.C.R. 3.....	267
R. v. Siu.....	(1998), 124 C.C.C. (3d) 301	291
R. v. Sloan.....	(1947), 87 C.C.C. 198	468
R. v. Smith	[1987] 1 S.C.R. 1045.....	466
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326.....	762

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	1004
R. v. T. (V.).....	[1992] 1 S.C.R. 749.....	893
R. v. Tat.....	(1997), 117 C.C.C. (3d) 481.....	410
R. v. Tate.....	[1908] 2 K.B. 680.....	264
R. v. Taylor.....	(1997), 122 C.C.C. (3d) 376.....	87
R. v. Ursel.....	(1997), 96 B.C.A.C. 241.....	95
R. v. Ursel.....	(1997), 117 C.C.C. (3d) 289.....	156
R. v. V. (J.).....	(1994), 91 C.C.C. (3d) 284.....	762
R. v. V. (K.B.).....	(1992), 13 C.R. (4th) 87.....	444
R. v. Vaillancourt.....	(1999), 136 C.C.C. (3d) 530.....	410
R. v. Van der Peet.....	[1996] 2 S.C.R. 507.....	962
R. v. W. (G.).....	[1999] 3 S.C.R. 597.....	124, 443
R. v. W. (R.).....	[1992] 2 S.C.R. 122.....	245, 443, 449
R. v. W. McKenzie Securities Ltd.	(1966), 56 D.L.R. (2d) 56.....	515
R. v. Warsing.....	[1998] 3 S.C.R. 579.....	49, 527
R. v. Wetmore.....	[1983] 2 S.C.R. 284.....	805
R. v. Wilkes.....	(1836), 7 Car. & P. 272, 173 E.R. 120.....	264
R. v. Willocks.....	(1995), 22 O.R. (3d) 552.....	977
R. v. Wismayer.....	(1997), 115 C.C.C. (3d) 18.....	91
R. v. Wust.....	(1997), 43 C.R.R. (2d) 320.....	491
R. v. Wust.....	[2000] 1 S.C.R. 455, 2000 SCC 18.....	482, 489
R. v. Yebes.....	[1987] 2 S.C.R. 168.....	386, 423, 444, 762
R. v. Zehr.....	(1980), 54 C.C.C. (2d) 65.....	771
R. v. Zelensky.....	[1978] 2 S.C.R. 940.....	804
R. v. Ziatas.....	(1973), 13 C.C.C. (2d) 287.....	87
R.G. (Re).....	[1999] B.C.J. No. 1106 (QL).....	912
Re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	734
Re Hoskins and Hislop.....	(1981), 121 D.L.R. (3d) 337.....	432
Re Lawton.....	[1944] 3 D.L.R. 51.....	867
Re Legault and Law Society of Upper Canada.....	(1975), 58 D.L.R. (3d) 641.....	516
Re MacVicar and Superintendent of Family and Children Services	(1986), 34 D.L.R. (4th) 488.....	1010
Re McCarthy and Menin and United States Securities and Exchange Commission.....	(1963), 38 D.L.R. (2d) 660.....	503
Re Peel Board of Education and B.....	(1987), 59 O.R. (2d) 654.....	899
Re Proctor and Sarnia Board of Commissioners of Police.....	(1979), 99 D.L.R. (3d) 356.....	76
Re Robinson and Hislop.....	(1980), 114 D.L.R. (3d) 620.....	432
Re Smith and Clerk of Youth Court.....	(1986), 31 C.C.C. (3d) 27.....	904
Re Southam Inc. and The Queen.....	(1984), 48 O.R. (2d) 678.....	894
Re T.I.....	(1985), 13 W.C.B. 494.....	904
Re Underwood McLellan & Associates Ltd.....	(1979), 103 D.L.R. (3d) 268.....	516
Re Zamikoff v. Lundy.....	(1970), 9 D.L.R. (3d) 637.....	859
Reference re Anti-Inflation Act.....	[1976] 2 S.C.R. 373.....	797
Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Edu- cation Rights.....	(1984), 10 D.L.R. (4th) 491.....	38
Reference re Public Schools Act (Man.), s. 79(3), (4) and (7).....	[1993] 1 S.C.R. 839.....	17
Reference re: School Act.....	(1988), 49 D.L.R. (4th) 499.....	9

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Reference re Secession of Quebec	[1998] 2 S.C.R. 217.....	51, 812
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	807
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act	[1984] 1 S.C.R. 297.....	507
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act	[1949] S.C.R. 1.....	802
Reibl v. Hughes	[1980] 2 S.C.R. 880.....	561, 607
Reid Crowther & Partners Ltd. v. Simcoe & Erie General Insurance Co.	[1993] 1 S.C.R. 252.....	591
Renvoi: B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	734
Renvoi: Loi anti-inflation	[1976] 2 R.C.S. 373.....	797
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	807
Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.), art. 79(3), (4) et (7)	[1993] 1 R.C.S. 839.....	17
Renvoi relatif à la sécession du Québec	[1998] 2 R.C.S. 217.....	51, 812
Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act...	[1984] 1 R.C.S. 297.....	507
Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)	[1998] 1 S.C.R. 27.... 352, 397, 468, 684, 797, 934	
RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)	[1995] 3 R.C.S. 199.....	795
RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General).....	[1995] 3 S.C.R. 199.....	795
Robichaud c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1987] 2 R.C.S. 84.....	683
Robichaud v. Canada (Treasury Board).....	[1987] 2 S.C.R. 84.....	683
Rodriguez by Brennan v. Williams	713 P.2d 135 (1986).....	623
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519.....	741
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519.....	741
Rodriguez v. Williams.....	729 P.2d 627 (1986).....	616
Rolls-Royce (Canada) Ltd. c. La Reine.....	93 D.T.C. 5031	934, 938
Rolls-Royce (Canada) Ltd. v. The Queen.....	93 D.T.C. 5031	930, 938
Rothfield v. Manolakos.....	[1989] 2 S.C.R. 1259.....	307
Rothschild v. Duffield.....	[1950] S.C.R. 495.....	651
Rumsey v. The Queen.....	(1984), 12 D.L.R. (4th) 44.....	606
Ryan c. Victoria (Ville).....	[1999] 1 R.C.S. 201.....	309
Ryan v. Victoria (City)	[1999] 1 S.C.R. 201.....	309

S

Sansalone v. Wawanesa Mutual Insurance Co.	[2000] 1 S.C.R. 627, 2000 SCC 25.....	580
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299.....	507
Scarlett Heights Collegiate Institute v. K.M.....	[1995] O.J. No. 3750 (QL)	898
Schuldt c. La Reine.....	[1985] 2 R.C.S. 592.....	403
Schuldt v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 592.....	402
Schweizer v. Central Hospital	(1974), 53 D.L.R. (3d) 494	576
Scott v. Shepherd	(1773), 2 Black. W. 892, 96 E.R. 525	562
Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.	[1989] 1 S.C.R. 1445.....	591
Scowby v. Glendinning.....	[1986] 2 S.C.R. 226.....	804
Shell Canada Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 622.....	935, 940
Shell Canada Ltée c. Canada.....	[1999] 3 R.C.S. 622.....	935, 940

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City).....	[1994] 1 S.C.R. 231.....	345
Silano v. The Queen in Right of British Columbia	(1987), 42 D.L.R. (4th) 407.....	1007
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	27, 474, 688
Smith, Judge v. Daily Mail Publishing Co.....	443 U.S. 97 (1979).....	896
Smith v. The Queen	[1960] S.C.R. 776.....	512
Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)	[1995] 1 R.C.S. 157.....	545
Spivey v. Battaglia.....	258 So.2d 815 (1972).....	604
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. c. Syndicat canadien des travailleurs du papier, section locale 219	[1986] 1 R.C.S. 704.....	367
St. Anne Nackawic Pulp & Paper Co. v. Canadian Paper Workers Union, Local 219	[1986] 1 S.C.R. 704.....	367
St. Thomas c. Canada (Forces armées).....	(1991), 14 C.H.R.R. D/301	690
St. Thomas v. Canada (Armed Forces).....	(1991), 14 C.H.R.R. D/301	690
Standard Sausage Co. v. Lee.....	[1933] 4 D.L.R. 501	803
State Farm Fire & Casualty Co. v. D.T.S.	867 S.W.2d 642 (1993).....	616
State Farm Fire and Casualty Co. v. Williams.....	355 N.W.2d 421 (1984)	578, 611
Stein c. Le navire «Kathy K».....	[1976] 2 R.C.S. 802.....	329
Stein v. The Ship “Kathy K”	[1976] 2 S.C.R. 802.....	329
Stewart v. Stonehouse.....	[1926] 2 D.L.R. 683	566
Stoffman v. Vancouver General Hospital.....	[1990] 3 S.C.R. 483.....	686
Strickland v. Washington	466 U.S. 668 (1984).....	531
Stubart Investments Ltd. c. La Reine.....	[1984] 1 R.C.S. 536.....	934, 940
Stubart Investments Ltd. v. The Queen	[1984] 1 S.C.R. 536.....	934, 940
Sunbeam Corporation (Canada) Ltd. v. The Queen.....	[1969] S.C.R. 221.....	400
Sutton v. United Airlines, Inc.	119 S.Ct. 2139 (1999).....	725
Symes v. Canada.....	[1993] 4 S.C.R. 695.....	945

T

Tennant c. M.R.N.	[1996] 1 R.C.S. 305.....	940
Tennant v. M.N.R.	[1996] 1 S.C.R. 305.....	940
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l’Emploi et de l’Immigration)	[1991] 2 R.C.S. 22.....	684
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission)	[1991] 2 S.C.R. 22.....	686
Texada Mines Ltd. v. Attorney-General of British Columbia.....	[1960] S.C.R. 713.....	797
The Queen v. Newsco Well Service Ltd.	90 D.T.C. 6312	930
Thibaudeau v. Canada.....	[1995] 2 S.C.R. 627.....	686, 945
Thwaites c. Canada (Forces armées).....	(1993), 19 C.H.R.R. D/259	690
Thwaites v. Canada (Armed Forces).....	(1993), 19 C.H.R.R. D/259	690
Tillander v. Gosselin	(1966), 60 D.L.R. (2d) 18	561
Toll v. Pioneer Sample Book Co.....	94 A.2d 764 (1953).....	876
Tri-S Investments Ltd. v. Vong	[1991] O.J. No. 2292 (QL)	860
Troelstrup v. District Court.....	712 P.2d 1010 (1986).....	616
Tupper v. The Queen	[1967] S.C.R. 589.....	113

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
U		
U.E.S., Local 298 v. Bibeault.....	[1988] 2 S.C.R. 1048.....	355, 547
Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden	[1899] A.C. 580.....	507
United Food and Commercial Workers International Union v. Parnell Foods Ltd.....	[1992] O.L.R.B. Rep. 1164.....	542, 545
United States v. Hines	470 F.2d 225 (1972).....	767
University of British Columbia v. Berg.....	[1993] 2 S.C.R. 353.....	689
V		
Validity of Section 92(4) of the Vehicles Act, 1957 (Sask.)	[1958] S.C.R. 608.....	809
Varette v. Sainsbury	[1928] S.C.R. 72.....	48
Veinot v. Veinot.....	(1977), 81 D.L.R. (3d) 549	606
Vetrovec c. La Reine.....	[1982] 1 R.C.S. 811... 243, 254, 285, 773, 871	871
Vetrovec v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 811... 243, 254, 285, 773, 871	871
Veuillette v. The King.....	(1919), 58 S.C.R. 414.....	267
Vézeau c. La Reine.....	[1977] 2 R.C.S. 277.....	267
Vézeau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	267
Vosburg v. Putney	50 N.W. 403 (1891)	606
Vriend v. Alberta.....	[1998] 1 S.C.R. 493.....	686, 737, 988
W		
Walmsley v. Humenick.....	[1954] 2 D.L.R. 232	561
Watkins v. Olafson.....	[1989] 2 S.C.R. 750.....	871
Weatherall c. Canada (Procureur général).....	[1993] 2 R.C.S. 872.....	1004
Weatherall v. Canada (Attorney General).....	[1993] 2 S.C.R. 872.....	1004
Weber v. Ontario Hydro.....	[1995] 2 S.C.R. 929.....	367
Westendorp c. La Reine.....	[1983] 1 R.C.S. 43.....	804
Westendorp v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 43.....	804
Whisper Holdings Ltd. v. Zamikoff.....	[1971] S.C.R. 933.....	858
Whitbread v. Walley.....	[1990] 3 S.C.R. 1273.....	507, 796
Wiffin v. Kincard	(1807), 2 Bos. & Pul. (N.R.) 471, 127 E.R. 713.....	609
Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada	(1984), 49 O.R. (2d) 101.....	591
Wilkieson-Valiente v. Wilkieson.....	[1996] I.L.R. ¶1-3551	617
Wilson v. Pringle.....	[1986] 2 All E.R. 440.....	604
Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 R.C.S. 625.....	984
Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)	[1999] 2 S.C.R. 625.....	984
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton.....	[1985] 2 S.C.R. 150.....	683
Y		
Young c. La Reine	[1981] 2 R.C.S. 39.....	267
Young v. The Queen.....	[1981] 2 S.C.R. 39.....	267

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Z		
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne)	[1992] 2 R.C.S. 321.....	684
Zurich Insurance Co. v. Ontario (Human Rights Commission)	[1992] 2 S.C.R. 321.....	684

NUMBERS/NUMÉROS

2747-3174 Québec Inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)	[1996] 3 R.C.S. 919.....	355
65302 British Columbia Ltd. v. Canada	[1999] 3 S.C.R. 804.....	934
872899 Ontario Inc. v. Iacovoni	(1998), 163 D.L.R. (4th) 263.....	867

	PAGE		PAGE
L			
Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2		s. 15.....	950
s. 64.....	538		
M			
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290		R	
s. 932.....	342	Rules of the Supreme Court of Canada,	
s. 936.....	342	SOR/83-74	
		r. 29.....	298
N			
Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1		S	
s. 1.....	298	School Act, R.S.P.E.I. 1988, c. S-21	
s. 3.....	298	s. 112.....	3
		Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418	
		s. 141(1).....	494
O			
Ontario Casino Corporation Act, 1993, S.O.		Y	
1993, c. 25		Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1	
s. 1.....	950	s. 38.....	880
		ss. 40 to 46.....	880

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63	
art. 1.....	703, 950	art. 20(1)a).....	915
art. 7.....	520	art. 125.1.....	915
art. 11d).....	520	art. 127(5).....	915
art. 15.....	703, 950	art. 127(9) «bien admissible», «crédit d'impôt à l'investissement».....	915
art. 23.....	3		
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12		Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21	
art. 10 «handicap».....	665	art. 44e).....	163
art. 16.....	665	Loi sur le code du bâtiment, L.R.O. 1990, ch. B.13	
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 8.....	298
art. 207.....	950	art. 9.....	298
art. 344a).....	455, 481, 488	art. 10.....	298
art. 650(3).....	520	art. 11.....	298
art. 683(1)e)(ii).....	520	Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1990, ch. N.1	
art. 686(1)a)(i).....	381, 420, 439	art. 1.....	298
art. 686(1)b)(iii).....	237, 751	art. 3.....	298
art. 691(1).....	381, 420, 439	Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39.....	783
art. 693(1).....	381, 420, 439	Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5	
art. 718.2e).....	163, 207	art. 2(1) «bande», «Indien», «réserve».....	950
art. 719(1).....	455, 488	art. 6.....	950
art. 719(3).....	488	art. 17.....	950
art. 742.1.....	132, 149, 183, 207	Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1	
L			
Loi constitutionnelle de 1867		art. 38.....	880
art. 91(24).....	950	art. 40 à 46.....	880
art. 92(13).....	494	Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2	
Loi constitutionnelle de 1982		art. 64.....	538
art. 35(1).....	950	Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43	
Loi de 1993 sur la Société des casinos de l'Ontario, L.O. 1993, ch. 25		art. 130.....	298
art. 1.....	950		

	PAGE		PAGE
M		Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C.	
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290		1978, ch. 945	
art. 932.....	342	art. 5200.....	915
art. 936.....	342	art. 5201.....	915
		Annexe II, catégorie 8	915
		catégorie 29	915
		catégorie 39	915
R			
Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985),		Règles de la Cour suprême du Canada,	
ch. C-8		DORS/83-74	
art. 44(2)a).....	703	r. 29.....	298
art. 44(1)b).....	703		
art. 44(2)a).....	703		
art. 44(2)b).....	703		
		S	
		School Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. S-2.1	
		art. 112.....	3
		Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418	
		art. 141(1).....	494

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abella, Rosalie S. <i>Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi</i> . Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1984.....	686
Abella, Rosalie S. <i>Report of the Commission on Equality in Employment</i> . Ottawa: Supply and Services Canada, 1984.....	686
Agocs, Carol, and Monica Boyd. "The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s". In James Curtis, Edward Grabb and Neil Guppy, eds., <i>Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Prentice Hall Canada, 1993, 330.....	991
American Law Institute. <i>Restatement of the Law, Second, Torts 2d</i> , vol. 1. St. Paul, Minn.: American Law Institute Publishers, 1965.....	618
Ames, James Barr. "Undisclosed Principal – His Rights and Liabilities" (1909), 18 <i>Yale L.J.</i> 443.....	855
<i>Anger and Honsberger: Law of Real Property</i> . vol. 2, 2nd ed. By A. H. Oosterhoff and W. B. Rayner. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985.....	875
Anisman, Philip, and Peter W. Hogg. "Constitutional Aspects of Federal Securities Legislation". In Philip Anisman et al., eds., <i>Proposals for a Securities Market Law for Canada</i> , vol. 3. Ottawa: Consumer and Corporate Affairs Canada, 1979, 135.....	509
Anisman, Philip, et Peter W. Hogg. «Les aspects constitutionnels de la législation fédérale sur les valeurs mobilières». Dans Philip Anisman et autres, dir., <i>Avant-projet d'une loi canadienne sur le marché des valeurs mobilières</i> , vol. 3. Ottawa: Consommation et Corporations Canada, 1979, 147.....	509
Arnold, Brian J. "Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning", in <i>Report of Proceedings of the Fiftieth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1999, 6:1.....	941
Atrens, Jerome J. "International Interference with the Person". In Allen M. Linden, ed., <i>Studies in Canadian Tort Law</i> . Toronto: Butterworths, 1968.....	606
Bala, Nicholas, and Mary-Anne Kirvan. "The Statute: Its Principles and Provisions and Their Interpretation by the Courts". In Alan W. Leschied, Peter G. Jaffe and Wayne Willis, eds., <i>The Young Offenders Act: A Revolution in Canadian Juvenile Justice</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1991.....	894
Bala, Nicholas. <i>Young Offenders Law</i> . Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.....	896
Baudouin, Jean-Louis, et Patrice Deslauriers. <i>La responsabilité civile</i> , 5 ^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1998.	653
Beatty, David M. <i>Constitutional Law in Theory and Practice</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1995.	812
Beatty, David M. "Gun Control and Judicial Anarchy" (1999), 10 <i>Constitutional Forum</i> 45.....	802
Beaudoin, Lise I. <i>Le contrat de gestion de portefeuille de valeurs mobilières: nature juridique, rôle des règles de l'administration du bien d'autrui et obligations des parties</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1994.	650

Bell, Robert. "Sexual Abuse and Institutions: Insurance Issues" (1996), 6 <i>C.I.L.R.</i> 53.	624
<i>Benjamin's Sale of Goods</i> . Edited by A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1974.	936
Bentham, Jeremy. <i>Rationale of Judicial Evidence</i> , vol. 5. London: Hunt & Clarke, 1827.	264
Bickenbach, Jerome E. <i>Physical Disability and Social Policy</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1993.	699, 724
Bowman, Stephen W. "Interpretation of Tax Legislation: The Evolution of Purposive Analysis" (1995), 43 <i>Can. Tax J.</i> 1167.	944
<i>Bowstead and Reynolds on Agency</i> , 16th ed. By F. M. B. Reynolds. London: Sweet & Maxwell, 1996. ...	872
British Columbia. Law Reform Commission. <i>Report on Deeds and Seals</i> . Vancouver: The Commission, 1988.	856
Brown, Craig, and Julio Menezes. <i>Insurance Law in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1991.	590
Brown, Craig. <i>Insurance Law in Canada</i> , 3rd Student ed. Scarborough: Carswell, 1997.	590
Brown, Craig. <i>Insurance Law in Canada</i> , vol. 1. Scarborough: Carswell, 1999 (loose-leaf).	624
Brun, Henri, et Guy Tremblay. <i>Droit constitutionnel</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1997.	697
Burt, Martha R. "Rape Myths and Acquaintance Rape". In Andrea Parrot and Laurie Bechhofer, eds., <i>Acquaintance Rape: The Hidden Crime</i> . New York: Wiley, 1991, 26.	443
Canada. Canadian Sentencing Commission. <i>Sentencing Reform: A Canadian Approach: Report of the Canadian Sentencing Commission</i> . Ottawa: The Commission, 1987.	79, 474
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. Rapport du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général sur la détermination de la peine, la mise en liberté sous condition et d'autres aspects du système correctionnel. <i>Des responsabilités à assumer</i> , août 1988.	79
Canada. Comité de la réforme pénale et correctionnelle. Rapport. <i>Justice pénale et correction: un lien à forger</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.	79
Canada. Commission canadienne sur la détermination de la peine. <i>Réformer la sentence: une approche canadienne — Rapport de la Commission canadienne sur la détermination de la peine</i> . Ottawa: La Commission, 1987.	79, 474
Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales. <i>Rapport final</i> . Ottawa: Information Canada, 1973.	119
Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. <i>Final Report</i> . Ottawa: Information Canada, 1973.	119
Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. <i>Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones</i> , vol. 1 (<i>Un passé, un avenir</i>), 2 (<i>Une relation à redéfinir</i>) et 3 (<i>Vers un ressourcement</i>). Ottawa: La Commission, 1996.	964, 991
Canada. Committee on Corrections. Report. <i>Toward Unity: Criminal Justice and Corrections</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969.	79
Canada. Correctional Service Canada. <i>A Summary of Analysis of Some Major Inquiries on Corrections — 1938 to 1977</i> . Ottawa: Correctional Service Canada, May 1977 (reprinted August 1982).	79
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. II, 1 ^{re} sess., 29 ^e lég., 19 février 1973, p. 1428.	946
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. III, 3 ^e sess., 28 ^e lég., 5 février 1971, p. 3118.	472
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. III, 4 ^e sess., 28 ^e lég., 8 mai 1972, p. 2002.	945
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. IV, 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 20 septembre 1994, p. 5873.	81
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. V, 1 ^{re} sess., 29 ^e lég., 13 juin 1973, p. 4725.	946
Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. VII, 1 ^{re} sess., 30 ^e lég., 23 juin 1975, p. 7028.	946

Canada. <i>Débats de la Chambre des communes</i> , vol. 133, n° 154, 1 ^{re} sess., 35 ^e lég., 16 février 1995, pp. 9706 et 9707.	798
Canada. Department of Justice. <i>The Government's Action Plan on Firearms Control</i> . Ottawa: Minister of Public Works and Government Services Canada, 1994.	799
Canada. Department of Justice. <i>The Impact of the Availability of Firearms on Violent Crime, Suicide, and Accidental Death: A Review of the Literature with Special Reference to the Canadian Situation</i> . Working Document by Thomas Gabor. Ottawa: Department of Justice Canada, 1994.	799
Canada. Department of National Revenue, Taxation. Interpretation Bulletin No. IT-145, "Canadian Manufacturing and Processing Profits – Reduced Rate of Corporate Tax", February 5, 1974.	947
Canada. Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. <i>Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action</i> . Ottawa: The Group, 1992.	612
Canada. Groupe de travail fédéral-provincial-territorial sur l'égalité des sexes dans le système de justice au Canada. <i>L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre</i> . Ottawa: Le Groupe, 1992.	612
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. II, 1st Sess., 29th Parl., February 19, 1973, p. 1428.	946
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. III, 3rd Sess., 28th Parl., February 5, 1971, p. 3118.	472
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. III, 4th Sess., 28th Parl., May 8, 1972, p. 2002.	945
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. IV, 1st sess., 35th Parl., September 20, 1994, p. 5873.	81
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. V, 1st Sess., 29th Parl., June 13, 1973, p. 4725.	946
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. VII, 1st Sess., 30th Parl., June 23, 1975, p. 7028.	946
Canada. <i>House of Commons Debates</i> , vol. 133, No. 154, 1st Sess., 35th Parl., February 16, 1995, pp. 9706-7.	798
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Solicitor General. Report of the Standing Committee on Justice and Solicitor General on its Review of Sentencing, Conditional Release and Related Aspects of Corrections. <i>Taking Responsibility</i> , August 1988.	79
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Evidence</i> , April 24, 1995, Meeting No.105; May 19, 1995, Meeting No. 147.	473
Canada. Ministère de la Justice. <i>Les conséquences de la disponibilité des armes à feu sur les taux de crime de violence, de suicide et de décès accidentel: Rapport sur la littérature concernant en particulier la situation au Canada</i> . Document de travail de Thomas Gabor. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1994.	799
Canada. Ministère de la Justice. <i>Plan d'action du gouvernement sur le contrôle des armes à feu</i> . Ottawa: Ministre des Travaux publics et des services gouvernementaux Canada, 1994.	799
Canada. Ministère du Revenu national, Impôt. Bulletin d'interprétation n° IT-145, «Bénéfices de fabrication et de transformation au Canada – Taux réduit de l'impôt sur les corporations», 5 février 1974.	947
Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. <i>Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples</i> , vols. 1 (<i>Looking Forward, Looking Back</i>), 2 (<i>Restructuring the Relationship</i>) and 3 (<i>Gathering Strength</i>). Ottawa: The Commission, 1996.	964, 991
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. <i>Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles</i> . Fascicule n° 61. Ottawa: Imprimeur de la Reine pour le Canada, 1995.	803
Canada. Senate. Standing Committee on Legal and Constitutional Affairs. <i>Proceeding of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs</i> . Issue no. 61. Ottawa: Queen's Printer for Canada, 1995.	803

Canada. Service correctionnel Canada. <i>Résumé et analyse de quelques grandes enquêtes sur le processus correctionnel — de 1938 à 1977</i> . Ottawa: Service correctionnel Canada, mai 1977 (réimprimé août 1982).	79
Canada. Solicitor General. <i>Record-keeping under the Young Offenders Act: A Guide</i> . Ottawa: Young Offenders Directorate Policy Branch, Secretariat, Ministry of the Solicitor General of Canada, 1986.	900
Canada. Solliciteur général. <i>La tenue des dossiers en vertu de la Loi sur les jeunes contrevenants: un guide</i> . Ottawa: Sous-direction des jeunes contrevenants, Direction des politiques, Secrétariat du Ministère, Ministère du Solliciteur général du Canada, 1986.	900
Cardozo, Benjamin N. <i>The Paradoxes of Legal Science</i> . Westport, Conn.: Greenwood Press, 1928.	874
Ceyskens, Paul. <i>Legal Aspects of Policing</i> . Toronto: Earls Court Legal Press, 1994 (loose-leaf updated July 1999, Update 8).	376
Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des questions juridiques, <i>Témoignages</i> , 24 avril 1995, séance n° 105; 19 mai 1995, séance n° 147.	473
<i>Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract</i> , 13th ed. By M. P. Furmston. London: Butterworths, 1996.	861
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 3 ^e éd. Montréal: Thémis, 1999.	113, 684
Davies, Elaine M. "The 1995 Firearms Act: Canada's Public Relations Response to the Myth of Violence" (2000), 6 <i>Appeal</i> 44.	804
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.	934, 940
<i>Driedger on the Construction of Statutes</i> , 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.	683, 945
Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. "Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)" (1997), 4 <i>Review of Constitutional Studies</i> 80.	1008
Duff, David, G. "Interpreting the Income Tax Act – Part 1: Interpretive Doctrines" (1999), 47 <i>Can. Tax J.</i> 464.	944
Duff, David, G. "Interpreting the Income Tax Act – Part 2: Toward a Pragmatic Approach" (1999), 47 <i>Can. Tax J.</i> 741.	944
Edinger, Elizabeth R. "Territorial Limitations on Provincial Powers" (1982), 14 <i>Ottawa L. Rev.</i> 57.	514
Edinger, Elizabeth R. "The Constitutional Validity of Provincial Mutual Assistance Legislation: <i>Global Securities v. British Columbia (Securities Commission)</i> " (1999), 33 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 169.	509
Erwin, Philip O. "The International Securities Enforcement Cooperation Act of 1990: Increasing International Cooperation in Extraterritorial Discovery?" (1992), 15 <i>Boston College Int'l & Comp. L. Rev.</i> 471.	510
Fabien, Claude. "Les règles du mandat". <i>Extraits du Répertoire de droit — Mandat — Doctrine — Document I</i> . Montréal: Chambre des notaires du Québec, 1986.	652
Feldthusen, Bruce. "The Canadian Experiment with the Civil Action for Sexual Battery". In Nicholas J. Mullany, ed., <i>Torts in the Nineties</i> . Sydney: LBC Information Services, 1997, 274.	572, 604
Feldthusen, Bruce. "The Civil Action for Sexual Battery: Therapeutic Jurisprudence?" (1993), 25 <i>Ottawa L. Rev.</i> 203.	591
Fischer, James M. "Broadening the Insurer's Duty to Defend: How <i>Gray v. Zurich Insurance Co.</i> Transformed Liability Insurance Into Litigation Insurance" (1991), 25 <i>U.C. Davis L. Rev.</i> 141.	595
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 9th ed. Sydney: Law Book Co., 1998.	561
Florig, David S. "Insurance Coverage for Sexual Abuse or Molestation" (1995), 30 <i>Torts & Ins. L.J.</i> 699.	617
Fridman, Gerald H. L. <i>The Law of Contract in Canada</i> , 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1994.	561, 607, 870

Friedland, Martin L. <i>A Century of Criminal Justice: Perspectives on the Development of Canadian Law</i> . Toronto: Carswell, 1984.....	804
Friedland, Martin L. <i>Detention Before Trial: A Study of Criminal Cases Tried in the Toronto Magistrates' Courts</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1965.....	471
Fulcher, J. E. (Ted). "The Income Tax Act: The Rules of Interpretation and Tax Avoidance. Purpose vs. Plain Meaning: Which, When and Why?" (1995), 74 <i>Can. Bar Rev.</i> 563.....	942
Fuller, Lon L. "Consideration and Form" (1941), 41 <i>Colum. L. Rev.</i> 799.....	856
Gemmell, Jack. "The New Conditional Sentencing Regime" (1997), 39 <i>Crim. L.Q.</i> 334.....	95
Gibson, Dale. "The <i>Firearms Reference</i> in the Alberta Court of Appeal" (1999), 37 <i>Alta. L. Rev.</i> 1071....	802
Greene, Caroline A. A. "International Securities Law Enforcement: Recent Advances in Assistance and Cooperation" (1994), 27 <i>Vand. J. Transnat'l L.</i> 635.....	510
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 9(1), 4th ed. (reissue). By Lord Mackay of Clashfern. London: Butterworths, 1998.....	857
Herschorn, Arnie. "Documents Under Seal: Consequences and Complications" (1989), 10 <i>Advocates' Q.</i> 129.....	857
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1997).....	797
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1999 release 1).....	506
Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> . Scarborough: Carswell, 1995.....	943
Hogg, Peter W., Joanne E. Magee, and Ted Cook. <i>Principles of Canadian Income Tax Law</i> , 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1999.....	934
Holmstrom, Lynda L., and Ann W. Burgess. <i>The Victim of Rape: Institutional Reactions</i> . New York: Wiley, 1978. Reprint, New Brunswick, USA: Transaction Books, 1983.....	443
Hutchinson, Allan C., and David Schneiderman. "Smoking Guns: The Federal Government Confronts The Tobacco and Gun Lobbies" (1995), 7 <i>Constitutional Forum</i> 16.....	802
Iacobucci, Edward M. "Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution" (1998), 36 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 293.....	1009
International Organization of Securities Commissions. <i>Securities Activity on the Internet: A report of the Technical Committee of the International Organization of Securities Commissions</i> , September 1998.	510
Johnston, David, and Kathleen Doyle Rockwell. <i>Canadian Securities Regulation</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1998.....	512
Kehoe, James A. "Exporting Insider Trading Laws: The Enforcement of U.S. Insider Trading Laws Internationally" (1995), 9 <i>Emory Int'l L. Rev.</i> 345.....	510
Kernochan, John M. "Statutory Interpretation: An Outline of Method" (1976), 3 <i>Dalhousie L. J.</i> 333.....	940
Klar, Lewis. <i>Tort Law</i> , 2nd ed. Scarborough: Carswell, 1996.....	604
L'Heureux, Nicole. "La révocation d'un agent et le statut d'intermédiaire de commerce" (1977), 18 <i>C. de D.</i> 397.....	651
Law Society of Alberta. <i>Alberta Code of Professional Conduct</i> . Calgary: Law Society of Alberta, 1995 (loose-leaf).....	533
Lederman, William R. <i>Continuing Canadian Constitutional Dilemmas: Essays on the Constitutional History, Public Law and Federal System of Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1981.....	797

Lemoyne, Raymond D., et Georges R. Thibaudeau. "La responsabilité du courtier en valeurs mobilières au Québec" (1991), 51 <i>R. du B.</i> 503.....	650
Lepofsky, M. David. "A Report Card on the <i>Charter's</i> Guarantee of Equality to Persons with Disabilities after 10 Years — What Progress? What Prospects?" (1998), 7 <i>N.J.C.L.</i> 263.....	738
Lepofsky, M. David, and Jerome E. Bickenbach. "Equality Rights and the Physically Handicapped". In Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., <i>Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Carswell, 1985, 323.....	690
Linden, Allen M. <i>Canadian Tort Law</i> , 6th ed. Toronto: Butterworths, 1997.....	604
Linden, Allen M., and Lewis N. Klar. <i>Canadian Tort Law: Cases, Notes and Materials</i> , 10th ed. Toronto: Butterworths, 1994.....	561
MacLellan, Russell. "Canada's firearms proposals" (1995), 37 <i>Can. J. Crim.</i> 163.....	799
MacLellan, Russell. «Le projet canadien sur les armes à feu» (1995), 37 <i>Rev. can. crim.</i> 173.....	799
Marshall, Patricia. "Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.....	178
<i>McCormick on Evidence</i> , vol. 2, 5th ed. By John W. Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.....	575
McGillivray, Anne. " <i>R. v. Bauder</i> : Seductive Children, Safe Rapists, and Other Justice Tales" (1998), 25 <i>Man. L.J.</i> 359.....	443
McGuinness, Kevin Patrick. <i>The Law and Practice of Canadian Business Corporations</i> . Toronto: Butterworths, 1999.....	866
McKenna, Ian B. "Legal Rights for Persons with Disabilities in Canada: Can the Impasse Be Resolved?" (1997-98), 29 <i>Ottawa L. Rev.</i> 153.....	699
Mewett, Alan W. "No Substantial Miscarriage of Justice". In Anthony N. Doob and Edward L. Greenspan, eds., <i>Perspectives in Criminal Law</i> . Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1985, 81.....	778
Minow, Martha. "When Difference Has Its Home: Group Homes for the Mentally Retarded, Equal Protection and Legal Treatment of Difference" (1987), 22 <i>Harv. C.R.-C.L. L. Rev.</i> 111.....	724
Nations Unies. Assemblée générale. <i>Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs</i> , A/RES/40/33, 29 novembre 1985, annexe, règle 8.....	897
Nations Unies. Comité des droits économiques, sociaux et culturels. <i>Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels</i> (Canada), E/C.12/1/Add.31, 10 déc. 1998.....	991
Nations Unies. <i>Décennie des Nations Unies pour les personnes handicapées, 1983-1992: Programme d'action mondial concernant les personnes handicapées</i> . New York: Nations Unies, 1983.....	724
Nations Unies. <i>Programme d'action mondial concernant les personnes handicapées</i> , Rés. A.G. 37/52, 90 ^e séance plénière, 3 décembre 1982.....	698
<i>New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles</i> , vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "immutable".....	720
Ontario. Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin. <i>The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin</i> (Kaufman Report). Toronto: Ontario Ministry of the Attorney General, 1998.....	270, 285
Ontario. Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin. <i>Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin</i> (rapport Kaufman). Toronto: Ministère du Procureur général de l'Ontario, 1998.....	270, 285
Ontario. Law Reform Commission. <i>Litigating the Relationship Between Equity and Equality</i> . Study paper prepared by Colleen Sheppard. Toronto: The Commission, 1993.....	1007
Ontario. Law Reform Commission. <i>Report on Amendment of the Law of Contract</i> . Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.....	856
Organisation mondiale de la santé. <i>Classification internationale des handicaps: déficiences, incapacités et désavantages: Un manuel de classification des conséquences des maladies</i> . Paris: INSERM, 1988.....	698, 724

Orton, Helena. "Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter since Andrews" (1990), 19 <i>Man. L.J.</i> 288.	1010
Pétel, Philippe. <i>Les obligations du mandataire</i> . Paris: Litec, 1988.	653
Platt, Priscilla. <i>Young Offenders Law in Canada</i> , 2nd ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1995.	902
Pothier, Dianne. "Miles to Go: Some Personal Reflections on the Social Construction of Disability" (1992), 14 <i>Dalhousie L.J.</i> 526.	722
Proulx, Daniel. "La discrimination fondée sur le handicap: étude comparée de la Charte québécoise" (1996), 56 <i>R. du B.</i> 317.	681
Pryor, Ellen S. "The Stories We Tell: Intentional Harm and the Quest for Insurance Funding" (1997), 75 <i>Tex. L. Rev.</i> 1721.	598
Pryor, Ellen S. "The Tort Liability Regime and the Duty to Defend" (1999), 58 <i>Md. L. Rev.</i> 1.	595
Québec. Assemblée nationale. Commission permanente de la justice. Étude des projets de loi nos 101, 219, 260, 254, 262, 269, 278, 221 et 86 – Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne. <i>Journal des débats: Commissions parlementaires</i> , 3 ^e sess., 32 ^e lég., n ^o 230, 16 décembre 1982, pp. B-11626, B-11627.	694
Québec. Commission des valeurs mobilières. <i>Instructions générales québécoises Q-9</i> , s. 57.	654
<i>Report of the 1989-1990 Los Angeles Grand Jury: Investigation of the Involvement of Jail House Informants in the Criminal Justice System in Los Angeles County</i> , June 26, 1990.	285
Reynolds, Osborne M. "Tortious Battery: Is 'I Didn't Mean Any Harm' Relevant?" (1984), 37 <i>Okla. L. Rev.</i> 717.	604
Roberts, Julian V. "Conditional Sentencing: Sword of Damocles or Pandora's Box?" (1997), 2 <i>Can. Crim. L. Rev.</i> 183.	89
Roberts, Julian V. "The Hunt for the Paper Tiger: Conditional Sentencing after Brady" (1999), 42 <i>Crim. L.Q.</i> 38.	116
Rosenberg Marc. "Developments in the Law of Evidence: The 1992-93 Term" (1994), 5 <i>S.C.L.R.</i> (2d) 421.	248, 269, 287
Rosenberg, Marc. "Recent Developments in Sentencing", a paper prepared for the National Judicial Institute's Supreme Court of Nova Scotia Education Seminar in Halifax, February 25-26, 1999.	122
<i>Salmond and Heuston on the Law of Torts</i> , 21st ed. By R. F. V. Heuston and R. A. Buckley. London: Sweet & Maxwell, 1996.	568
Savatier, René. "Les contrats de conseil professionnel en droit privé", D. 1972.chron.137.	654
Schiff, Martin. "The Undisclosed Principal: An Anomaly in the Laws of Agency and Contract" (1983), 88 <i>Com. L.J.</i> 229.	855
Seavy, Warren A. "The Rationale of Agency" (1920), 29 <i>Yale L.J.</i> 859.	870
Sharlow, Karen. "The Interpretation of Tax Legislation and the Rule of Law – Rejoinder – J.E. (Ted) Fulcher – (1995), 74 <i>Can. Bar Rev.</i> 563" (1996), 75 <i>Can. Bar Rev.</i> 151.	944
Sharp, Frederick L. "Negligent Trespass in Canada: A Persistent Source of Embarrassment" (1977-78), 1 <i>Advocates' Q.</i> 311.	563
Sherrin, Christopher. "Jailhouse Informants in the Canadian Criminal Justice System, Part II: Options for Reform" (1998), 40 <i>Crim. L.Q.</i> 157.	285
Sherrin, Christopher. "Jailhouse Informants, Part I: Problems with their Use" (1998), 40 <i>Crim. L.Q.</i> 106.	246, 285
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1999.	575, 767

<i>Street on Torts</i> , 10th ed. By Margaret Brazier and John Murphy. London: Butterworths, 1999.	610
Sullivan, Ruth. "Trespass to the Person in Canada: A Defence of the Traditional Approach" (1987), 19 <i>Ottawa L. Rev.</i> 533.	563
Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 <i>Can. Bar Rev.</i> 242.	1010
Taylor, Roger. "The Interpretation of Fiscal Statutes: The 'Plain Meaning' Approach in Recent Supreme Court of Canada Decisions", in <i>Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference</i> , vol. 2. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1997, 64:1.	944
Trotter, Gary T. <i>The Law of Bail in Canada</i> , 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.	477
Trudeau, Pierre Elliott. <i>The Essential Trudeau</i> . Edited by Ron Graham. Toronto: M & S, 1998.	733
Trudeau, Pierre Elliott. <i>Trudeau: l'essentiel de sa pensée politique</i> . Avec la collaboration de Ron Graham. Montréal: Le Jour, 1998.	733
Turner, John N. "Banquet Address", in <i>Report of Proceedings of the Twenty-Fourth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1973, 278.	946
United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. <i>Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights</i> (Canada), E/C. 12/1/Add. 31, 4 Dec. 1998.	991
United Nations. General Assembly. <i>United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice</i> , A/RES/40/33, November 29, 1985, Annex, Rule 8.	897
United Nations. <i>United Nations Decade of Disabled Persons, 1983-1992: World Program of Action concerning Disabled Persons</i> . New York: United Nations, 1983.	724
United Nations. <i>World Programme of Action concerning Disabled Persons</i> , G.A. Res. 37/52, 90th Plenary Session, December 3, 1982.	698
Vail, Brian. "'My Mistake, Your Problem': The Duty to Defend Liability Claims in Canada" (1996), 6 <i>C.I.L.R.</i> 201.	595
Waddams, S. M. <i>The Law of Contracts</i> , 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.	870
Weil, Robert D. "Manufacturing and Processing Tax Incentives: Departmental Perspective", in <i>Report of Proceedings of the Twenty-Fifth Tax Conference</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1974, 124.	947
Weinrib, Ernest J. "The Undisclosed Principle of Undisclosed Principals" (1975), 21 <i>McGill L.J.</i> 298.	855
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. I, 2nd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1923.	263
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown, 1979.	767
Willis, John. "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.	940
World Health Organization. <i>International Classification of Impairments, Disabilities and Handicaps: A Manual of Classification relating to the Consequences of Disease</i> . Geneva: The Organization, 1980. 698, 724	

**Will-Kare Paving & Contracting
Limited** *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: WILL-KARE PAVING & CONTRACTING LTD. v.
CANADA

Neutral citation: 2000 SCC 36.

File No.: 26601.

1999: November 10; 2000: July 20.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Taxation — Income tax — Deductions — Capital cost of property — Investment tax credit — Manufacturing or processing goods for sale — Taxpayer constructing its own asphalt plant — Asphalt produced by plant mostly used in taxpayer's own paving business but part of production sold to third parties — Whether capital cost of plant qualifies for investment tax credit under s. 127(5) of Income Tax Act and accelerated capital cost allowance under Class 39 of Schedule II of Income Tax Regulations — Whether asphalt plant primarily acquired for "manufacturing or processing goods for sale" — Meaning of "sale" — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20(1)(a), 127(5), (9) "qualified property" — Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, Schedule II, Class 39.

The appellant operates a paving business. In 1988, it constructed its own asphalt plant, anticipating that the plant would allow it to bid on larger contracts and that third-party sales of excess production would make the plant economically feasible. After the plant was acquired, the appellant's sales and revenues from paving contracts increased as expected. For the taxation years in question, approximately 75 percent of the appellant's asphalt output was supplied to customers pursuant to contracts for work and materials. The remaining 25 percent was sold to third parties. In the taxation years 1988, 1989 and 1990, the appellant included the plant in Class

**Will-Kare Paving & Contracting
Limited** *Appelante*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: WILL-KARE PAVING & CONTRACTING LTD. c.
CANADA

Référence neutre: 2000 CSC 36.

N° du greffe: 26601.

1999: 10 novembre; 2000: 20 juillet.

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier,
McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit fiscal — Impôt sur le revenu — Déductions — Coût en capital des biens — Crédit d'impôt à l'investissement — Fabrication ou transformation de marchandises à vendre — La contribuable a construit sa propre usine de fabrication d'asphalte — L'asphalte fabriqué à l'usine était surtout utilisé pour l'entreprise d'asphaltage de la contribuable, mais une partie de la production était vendue à des tiers — La contribuable peut-elle déduire le coût en capital de l'usine au titre du crédit d'impôt à l'investissement prévu à l'art. 127(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu et se prévaloir de la déduction pour amortissement accéléré selon la catégorie 39 de l'annexe II du Règlement de l'impôt sur le revenu? — L'usine de fabrication d'asphalte a-t-elle été acquise principalement pour «la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre»? — Le sens du mot «vendre» — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1)a), 127(5), (9) «bien admissible» — Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, annexe II, catégorie 39.

L'appelante exploite une entreprise de pavage. En 1988, elle a construit sa propre usine de fabrication d'asphalte, escomptant que l'usine lui permettrait de soumissionner des travaux de plus grande importance et que la vente de sa production excédentaire à des tiers rendrait l'usine rentable. Après l'acquisition de l'usine, les ventes et les recettes de l'appelante provenant de contrats d'asphaltage ont augmenté comme prévu. Pour les années d'imposition considérées, environ 75 pour 100 de la production d'asphalte de l'appelante était fournie à des clients en application de contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux et 25 pour 100 était vendue à des

39 of Schedule II of the *Income Tax Regulations*, claiming that the plant was property used primarily in the "manufacturing or processing of goods for sale". As such, the appellant claimed an accelerated capital cost allowance under s. 20(1)(a) of the *Income Tax Act* and the s. 127(5) investment tax credit on the basis that the plant was "qualified property" within the meaning of s. 127(9) of the Act. The Minister of National Revenue reassessed the appellant, reclassifying the plant as Class 8 property for capital cost allowance purposes and denying the investment tax credit, in both cases on the basis that the plant was not being used primarily for the "manufacturing or processing of goods for sale". The appellant's appeals to both the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal were dismissed.

Held (Gonthier, McLachlin and Binnie JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major and Bastarache JJ.: To receive the benefit of the s. 127(5) investment tax credit and the accelerated capital cost allowance of Class 39, the taxpayer must establish that it acquired the asphalt plant primarily for the purpose of "manufacturing or processing goods for sale or lease". Notwithstanding the absence of direction in the wording of the relevant provisions, the concepts of a sale or a lease have settled legal definitions. Parliament was cognizant of these meanings and the implication of using such language, so the availability of the manufacturing and processing incentives at issue must be restricted to property utilized in the supply of goods for sale and not extended to property primarily utilized in the supply of goods through contracts for work and materials. Absent express direction that an interpretation other than that ascribed by settled commercial law be applied, it would be inappropriate to apply another interpretation.

To apply a "plain meaning" interpretation of the concept of a sale in the case at bar would assume that the *Income Tax Act* operates in a vacuum, oblivious to the legal characterization of the broader commercial relationships it affects. Previous jurisprudence of this Court has assumed that reference must be given to the broader commercial law to give meaning to words that, outside the Act, are well-defined. Referring to the broader context of private commercial law in ascertaining the meaning to be ascribed to language used in the *Income Tax*

tiers. Pour les années d'imposition 1988, 1989 et 1990, l'appelante a inscrit l'usine dans la catégorie 39 de l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, car il s'agissait selon elle d'un bien utilisé principalement pour «la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre». Elle a donc demandé la déduction pour amortissement accéléré en application de l'al. 20(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le crédit d'impôt à l'investissement prévu au par. 127(5) pour le motif que l'usine est un «bien admissible» au sens du par. 127(9) de la Loi. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'appelante, inscrivant l'usine dans la catégorie 8 aux fins de la déduction pour amortissement et refusant le crédit d'impôt à l'investissement, pour le motif, dans les deux cas, que l'usine n'était pas utilisée principalement pour «la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre». Les appels interjetés par l'appelante à la Cour canadienne de l'impôt et à la Cour d'appel fédérale ont été rejetés.

Arrêt (les juges Gonthier, McLachlin et Binnie sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major et Bastarache: Pour bénéficier du crédit d'impôt à l'investissement prévu au par. 127(5) et de la déduction pour amortissement accéléré de la catégorie 39, la contribuable doit établir qu'elle a acquis l'usine de fabrication d'asphalte principalement pour «la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre ou à louer». Malgré l'absence de précision dans le libellé des dispositions pertinentes, vente et location ont un sens bien établi en droit. Le législateur connaissait le sens de ces termes et était conscient des conséquences de leur emploi, de sorte que les stimulants fiscaux accordés pour la fabrication et la transformation ne visent que les biens utilisés pour la fourniture de marchandises à vendre, à l'exclusion des biens utilisés principalement pour la fourniture de marchandises en exécution de contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux. Sauf indication contraire expresse, il y a lieu de recourir à l'interprétation qui découle des règles bien établies du droit commercial.

Interpréter en l'espèce le mot vente selon son «sens ordinaire» supposerait que la *Loi de l'impôt sur le revenu* s'applique en vase clos sans tenir aucun compte de la qualification juridique des rapports commerciaux plus généraux qu'elle vise. Notre Cour a tenu pour acquis, dans des arrêts antérieurs, qu'il faut s'en remettre aux règles plus générales du droit commercial pour attribuer un sens à des mots qui, indépendamment de la Loi, sont bien définis. Il est également conforme au principe moderne de l'interprétation des lois en fonction

Act is also consistent with the modern purposive principle of statutory interpretation. Since the word “sale” has an established meaning, the technical nature of the *Income Tax Act* does not lend itself to broadening the principle of plain meaning to embrace popular meaning, although it would be open to Parliament to provide for a broadened definition of sale for the purpose of applying the incentives with clear language to that effect.

Here, the appellant is not entitled to claim the two manufacturing and processing tax incentives. For the taxation years in issue, the plant was used primarily in the manufacturing or processing of goods supplied through contracts for work and materials, not through sale. Property in the asphalt was transferred to the appellant’s customers as a fixture to real property.

Per Gonthier, McLachlin and Binnie JJ. (dissenting): The appellant is entitled to claim the two manufacturing and processing tax incentives at issue. This appeal does not turn on the percentages of asphalt sold under different types of contract, but on the fact that the asphalt plant produced a manufactured product in a saleable condition. The evidence is that about 25 percent of the product was appropriated by the taxpayer and sold as is to customers. It disposed of the balance of the asphalt under various paving contracts for work and materials. None of the asphalt was retained by the taxpayer. It is common ground that if the taxpayer had sold to its paving customers the asphalt in one contract and the installation of it in another, it would be entitled to the deduction.

The customer’s objective was to obtain an asphalt driveway, and the services provided by the taxpayer were incidental to realization of that objective. The price was paid, and the customer became the owner of the asphalt in his driveway. The taxpayer and its customers were likely oblivious to the fact that, in the eye of the law, title to the steaming stretch of asphalt passed by accession. It is important in a self-assessment tax system to promote an interpretation of provisions, where possible, that is comprehensible to the taxpayers themselves. Neither the appellant nor the customers were likely to understand the distinction between accession and sale.

de leur objet de s’en remettre au contexte plus large du droit commercial pour déterminer le sens à donner aux termes employés dans la *Loi de l’impôt sur le revenu*. Puisque le mot «vente» a un sens bien établi, la nature technique de la *Loi de l’impôt sur le revenu* ne permet pas d’élargir le principe du sens ordinaire de manière à englober le sens courant, bien qu’il soit loisible au législateur de prévoir une définition plus étendue de la vente aux fins de l’application des stimulants fiscaux en adoptant un libellé clair en ce sens.

En l’espèce, l’appelante n’a pas le droit de se prévaloir des deux stimulants fiscaux aux titres de la fabrication et de la transformation. Pour les années d’imposition considérées, l’usine était utilisée principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises fournies en exécution de contrats de fourniture d’ouvrage et de matériaux, et non en exécution de contrats de vente. La propriété de l’asphalte est passée aux clients de l’appelante comme accessoire fixe d’un bien réel.

Les juges Gonthier, McLachlin et Binnie (dissidents): L’appelante a le droit de se prévaloir des deux stimulants fiscaux aux titres de la fabrication et de la transformation. L’issue du présent pourvoi dépend non pas des pourcentages d’asphalte vendus en application de divers types de contrats, mais du fait que l’usine de fabrication d’asphalte produisait un matériau pouvant être vendu. Selon la preuve, la contribuable a pris environ 25 pour 100 du produit pour le vendre tel quel à des clients. Le reste de l’asphalte a servi à l’exécution de divers contrats de fourniture d’ouvrage et de matériaux, la contribuable n’en ayant pas conservé. Nul ne conteste que, si la contribuable avait conclu avec ses clients un contrat pour la vente de l’asphalte et un autre pour l’étendre, elle aurait droit à la déduction.

L’objectif du client était d’obtenir une allée asphaltée, et les services fournis par la contribuable étaient accessoires à la réalisation de cet objectif. Une fois le prix payé, le client devenait propriétaire de l’asphalte recouvrant son allée. La contribuable et ses clients n’étaient vraisemblablement pas conscients du fait qu’aux yeux de la loi, le titre sur cette bande fumante d’asphalte passait par accession. Il est important dans un régime fiscal fondé sur l’autocotisation de promouvoir une interprétation des dispositions qui soit, dans la mesure du possible, compréhensible pour les contribuables eux-mêmes. Ni l’appelante ni les clients n’étaient vraisemblablement en mesure de comprendre la distinction entre l’accession et la vente.

The primary rule of statutory interpretation is to ascertain the intention of Parliament. Where the meaning of the words used is plain and no ambiguity arises from context, then the words offer the best indicator of Parliament's intent. While the original plain meaning rule has been the subject of some criticism in the past, the modern plain meaning rule is not fairly subject to those criticisms. Here, it is not unreasonable to require the legislative drafter to make plain any intention that the product must not only be manufactured for sale, but must be disposed of under a specific type of contract. It would be a simple matter to signal to the taxpayer in ordinary language that if he or she supplies services along with the manufactured product, the fast write-off and the investment tax credit will be forfeited. A review of the related text in the Act and the legislative history confirms the fact that the "plain meaning" accords with Parliament's intent expressed by the responsible Minister and senior officials.

In this case, the other provisions of the Act, the purpose of the legislation, and the context of economic and commercial reality cannot alter the interpretation of words in the statute that are clear and plain. Nor, given the clarity of the language, would it be appropriate to narrow the words "sale or lease" by reference to technical legal distinctions among various types of disposal contracts which are totally extraneous to the Act and are not easily accessible to the self-assessing taxpayer. Such imported technical distinctions may frustrate not only the plain meaning, but the legislative purpose of the tax provision. Where, as here, Parliament has spoken in language that continues to speak plainly despite "successive circles of context", the taxpayer is entitled to the benefit voted by Parliament.

Cases Cited

By Major J.

Referred to: *Canada v. Hawboldt Hydraulics (Canada) Inc. (Trustee of)*, [1995] 1 F.C. 830; *Crown Tire Service Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 219; *Halliburton Services Ltd. v. The Queen*, 85 D.T.C. 5336, aff'd 90 D.T.C. 6320; *The Queen v. Nowasco Well Service Ltd.*, 90 D.T.C. 6312; *Rolls-Royce (Canada) Ltd. v. The Queen*, 93 D.T.C. 5031; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; 65302 *British*

La première règle d'interprétation des lois est qu'il faut déterminer l'intention du législateur. Quand le sens des mots utilisés est clair et que le contexte ne crée pas d'ambiguïté, les mots sont alors les meilleurs indicateurs de l'intention du législateur. Même si la règle initiale du sens ordinaire a fait l'objet de certaines critiques dans le passé, la règle moderne du sens ordinaire ne mérite pas ces critiques. En l'espèce, il n'est pas déraisonnable d'exiger du rédacteur de lois qu'il dise clairement non seulement que le matériau doit être fabriqué en vue de la vente, mais qu'il faut aussi en disposer dans le cadre d'un type précis de contrat. Il serait très simple de signaler au contribuable, en langage clair, que s'il fournit des services en même temps que le matériau fabriqué, il perdra la déduction pour amortissement accéléré et le crédit d'impôt à l'investissement. Un examen des dispositions connexes de la Loi et de l'historique législatif confirme le fait que le «sens ordinaire» concorde avec l'intention du législateur telle qu'elle est exprimée par le ministre et les hauts fonctionnaires responsables.

Dans la présente espèce, les autres dispositions de la Loi, son objet et le contexte de la réalité économique et commerciale ne sauraient altérer l'interprétation des termes de la Loi qui sont clairs et nets. Compte tenu de la clarté du libellé, il n'y aurait pas lieu de restreindre le sens de «vente ou location» en recourant à des distinctions juridiques techniques entre divers types de contrats d'aliénation, distinctions qui sont totalement étrangères à la Loi et ne sont guère à la portée du contribuable en régime d'autocotisation. Le recours à ces distinctions techniques importées risque d'aller à l'encontre non seulement du sens ordinaire, mais aussi de l'objet législatif de la disposition fiscale. Dans un cas où, comme en l'espèce, le législateur a utilisé des termes qui continuent d'être clairs malgré les «cercles contextuels successifs», le contribuable a droit à l'avantage ainsi consenti.

Jurisprudence

Citée par le juge Major

Arrêts mentionnés: *Canada c. Hawboldt Hydraulics (Canada) Inc. (Syndic)*, [1995] 1 C.F. 830; *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 219; *Halliburton Services Ltd. c. La Reine*, 85 D.T.C. 5336, conf. par 90 D.T.C. 6320; *La Reine c. Nowasco Well Service Ltd.*, 90 D.T.C. 6312; *Rolls-Royce (Canada) Ltd. c. La Reine*, 93 D.T.C. 5031; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; 65302 *British Columbia Ltd.*

Columbia Ltd. v. Canada, [1999] 3 S.C.R. 804; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622.

By Binnie J. (dissenting)

Crown Tire Service Ltd. v. The Queen, [1984] 2 F.C. 219; *Halliburton Services Ltd. v. The Queen*, 85 D.T.C. 5336, aff'd 90 D.T.C. 6320; *Rolls-Royce (Canada) Ltd. v. The Queen*, 93 D.T.C. 5031, leave to appeal refused, [1993] 2 S.C.R. x; *H. W. Liebig & Co. v. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 70; *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622; *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *Tenant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3; *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 [now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.)], ss. 20(1)(a), 125.1 [ad. 1973-74, c. 29, s. 1; am. 1974-75-76, c. 26, s. 82; am. 1976-77, c. 4, s. 50; am. 1983-84, c. 1, s. 70; am. 1984, c. 45, s. 41; am. 1986, c. 55, s. 46; am. 1988, c. 55, s. 103], 127(5) [ad. 1974-75-76, c. 71, s. 9; am. 1983-84, c. 1, s. 72; am. 1988, c. 55, s. 106], 127(9) "investment tax credit", "qualified property", "specified percentage" [ad. 1974-75-76, c. 71, s. 9; am. 1977-78, c. 1, s. 61; am. 1985, c. 45, s. 72; am. 1986, c. 6, s. 71; am. 1986, c. 55, s. 48; am. 1988, c. 55, s. 106].

Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, ss. 4600(2)(k) [am. SOR/88-165; am. SOR/90-22], 5200, 5201 [am. SOR/82-950], Schedule II, Class 8 [repl. SOR/90-22], Class 29 [am. *idem*], Class 39 [ad. *idem*].

Sale of Goods Act, 1893 (U.K.), 56 & 57 Vict., ch. 71.

Authors Cited

Arnold, Brian J. "Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning", in *Report of Proceed-*

c. Canada, [1999] 3 R.C.S. 804; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622.

Citée par le juge Binnie (dissident)

Crown Tire Service Ltd. c. La Reine, [1984] 2 C.F. 219; *Halliburton Services Ltd. c. La Reine*, 85 D.T.C. 5336, conf. par 90 D.T.C. 6320; *Rolls-Royce (Canada) Ltd. c. La Reine*, 93 D.T.C. 5031, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 2 R.C.S. x; *H. W. Liebig & Co. c. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 70; *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622; *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298; *Tenant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 963; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3; *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; *Harel c. Sous-ministre du Revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 [maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)], art. 20(1)a), 125.1 [aj. 1973-74, ch. 29, art. 1; mod. 1974-75-76, ch. 26, art. 82; mod. 1976-77, ch. 4, art. 50; mod. 1983-84, ch. 1, art. 70; mod. 1984, ch. 45, art. 41; mod. 1986, ch. 55, art. 46; mod. 1988, ch. 55, art. 103], 127(5) [aj. 1974-75-76, ch. 71, art. 9; mod. 1983-84, ch. 1, art. 72; mod. 1988, ch. 55, art. 106], 127(9) «bien admissible», «crédit d'impôt à l'investissement», «pourcentage déterminé» [aj. 1974-75-76, ch. 71, art. 9; mod. 1977-78, ch. 1, art. 61; mod. 1985, ch. 45, art. 72; mod. 1986, ch. 6, art. 71; mod. 1986, ch. 55, art. 48; mod. 1988, ch. 55, art. 106].

Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, art. 4600(2)k) [mod. DORS/88-165; mod. DORS/90-22], 5200, 5201 [mod. DORS/82-950], annexe II, catégories 8 [repl. DORS/80-926; repl. DORS/90-22], 29 [mod. *idem*], 39 [aj. *idem*].

Sale of Goods Act, 1893 (R.-U.), 56 & 57 Vict., ch. 71.

Doctrine citée

Arnold, Brian J. «Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning», in *Report of Proceed-*

- ings of the Fiftieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1999, 6:1.
- Benjamin's Sale of Goods*. Edited by A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1974.
- Bowman, Stephen W. "Interpretation of Tax Legislation: The Evolution of Purposive Analysis" (1995), 43 *Can. Tax J.* 1167.
- Canada. Department of National Revenue, Taxation. Interpretation Bulletin No. IT-145, "Canadian Manufacturing and Processing Profits — Reduced Rate of Corporate Tax", February 5, 1974.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 29th Parl., February 19, 1973, p. 1428.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. III, 4th Sess., 28th Parl., May 8, 1972, p. 2002.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. V, 1st Sess., 29th Parl., June 13, 1973, p. 4725.
- Canada. *House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 30th Parl., June 23, 1975, p. 7028.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duff, David G. "Interpreting the Income Tax Act — Part 1: Interpretive Doctrines" (1999), 47 *Can. Tax J.* 464.
- Duff, David G. "Interpreting the Income Tax Act — Part 2: Toward a Pragmatic Approach" (1999), 47 *Can. Tax J.* 741.
- Fulcher, J. E. (Ted). "The Income Tax Act: The Rules of Interpretation and Tax Avoidance. Purpose vs. Plain Meaning: Which, When and Why?" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 563.
- Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough: Carswell, 1995.
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee, and Ted Cook. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1999.
- Kernochan, John M. "Statutory Interpretation: An Outline of Method" (1976), 3 *Dalhousie L.J.* 333.
- Sharlow, Karen. "The Interpretation of Tax Legislation and the Rule of Law — Rejoinder — J.E. (Ted) Fulcher — (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 563" (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 151.
- Taylor, Roger. "The Interpretation of Fiscal Statutes: The 'Plain Meaning' Approach in Recent Supreme Court of Canada Decisions", in *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference*, vol. 2. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1997, 64:1.
- Turner, John N. "Banquet Address", in *Report of Proceedings of the Twenty-Fourth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1973, 278.
- ings of the Fiftieth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1999, 6:1.
- Benjamin's Sale of Goods*. Edited by A. G. Guest. London: Sweet & Maxwell, 1974.
- Bowman, Stephen W. «Interpretation of Tax Legislation: The Evolution of Purposive Analysis» (1995), 43 *Can. Tax J.* 1167.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1^{re} sess., 29^e lég., 19 février 1973, p. 1428.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 4^e sess., 28^e lég., 8 mai 1972, p. 2002.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1^{re} sess., 29^e lég., 13 juin 1973, p. 4725.
- Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 1^{re} sess., 30^e lég., 23 juin 1975, p. 7028.
- Canada. Ministère du Revenu national, Impôt. Bulletin d'interprétation n° IT-145, «Bénéfices de fabrication et de transformation au Canada — Taux réduit de l'impôt sur les corporations», 5 février 1974.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. by Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
- Duff, David G. «Interpreting the Income Tax Act — Part 1: Interpretive Doctrines» (1999), 47 *Can. Tax J.* 464.
- Duff, David G. «Interpreting the Income Tax Act — Part 2: Toward a Pragmatic Approach» (1999), 47 *Can. Tax J.* 741.
- Fulcher, J. E. (Ted). «The Income Tax Act: The Rules of Interpretation and Tax Avoidance. Purpose vs. Plain Meaning: Which, When and Why?» (1995), 74 *R. du B. can.* 563.
- Hogg, Peter W., and Joanne E. Magee. *Principles of Canadian Income Tax Law*. Scarborough: Carswell, 1995.
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee, and Ted Cook. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1999.
- Kernochan, John M. «Statutory Interpretation: An Outline of Method» (1976), 3 *Dalhousie L.J.* 333.
- Sharlow, Karen. «The Interpretation of Tax Legislation and the Rule of Law — Rejoinder — J.E. (Ted) Fulcher — (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 563» (1996), 75 *R. du B. can.* 151.
- Taylor, Roger. «The Interpretation of Fiscal Statutes: The 'Plain Meaning' Approach in Recent Supreme Court of Canada Decisions», in *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference*, vol. 2. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1997, 64:1.
- Turner, John N. «Banquet Address», in *Report of Proceedings of the Twenty-Fourth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1973, 278.

Weil, Robert D. "Manufacturing and Processing Tax Incentives: Departmental Perspective", in *Report of Proceedings of the Twenty-Fifth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1974, 124.

Willis, John. "Statute Interpretation in a Nutshell" (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1998), 232 N.R. 381, 98 D.T.C. 6203, [1998] F.C.J. No. 234 (QL) dismissing the taxpayer's appeal from a decision of the Tax Court of Canada, [1996] 2 C.T.C. 2426, 97 D.T.C. 506, [1996] T.C.J. No. 281 (QL). Appeal dismissed, Gonthier, McLachlin and Binnie JJ. dissenting.

Philip Anisman and Robert B. MacLellan, for the appellant.

Bruce S. Russell and Anne-Marie Lévesque, for the respondent.

The judgment of L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major and Bastarache JJ. was delivered by

MAJOR J. — This appeal concerns the appellant's ability to claim two manufacturing and processing tax incentives in respect of its 1988, 1989 and 1990 taxation years based upon the capital cost of an asphalt plant it constructed in 1988. The availability of both incentives, an accelerated capital cost allowance and an investment tax credit, turns upon whether using the plant to produce asphalt to be supplied in connection with paving services constitutes use primarily for the purpose of manufacturing or processing goods for sale.

I. Factual Background

The appellant, Will-Kare Paving & Contracting Limited ("Will-Kare"), paves driveways, parking lots and small public roadways for commercial and residential customers.

Until 1988, Will-Kare purchased all its asphalt from competitors, making it vulnerable in terms of

Weil, Robert D. «Manufacturing and Processing Tax Incentives: Departmental Perspective», in *Report of Proceedings of the Twenty-Fifth Tax Conference*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1974, 124.

Willis, John. «Statute Interpretation in a Nutshell» (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1998), 232 N.R. 381, 98 D.T.C. 6203, [1998] A.C.F. n° 234 (QL), qui a rejeté l'appel d'un contribuable à l'encontre d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1996] 2 C.T.C. 2426, 97 D.T.C. 506, [1996] A.C.I. n° 281 (QL). Pourvoi rejeté, les juges Gonthier, McLachlin et Binnie sont dissidents.

Philip Anisman et Robert B. MacLellan, pour l'appelante.

Bruce S. Russell et Anne-Marie Lévesque, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major et Bastarache rendu par

LE JUGE MAJOR — Le présent pourvoi porte sur le droit de l'appelante de se prévaloir, pour les années d'imposition 1988, 1989 et 1990, de deux stimulants fiscaux aux titres de la fabrication et de la transformation, fondés sur le coût en capital d'une usine de fabrication d'asphalte qu'elle a construite en 1988. Le droit aux deux stimulants, à savoir la déduction pour amortissement accéléré et le crédit d'impôt à l'investissement, est fonction de ce que l'usine produisant l'asphalte fourni dans le cadre des services d'asphaltage soit utilisée principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre.

I. Les faits

L'appelante, Will-Kare Paving & Contracting Limited («Will-Kare»), revêt d'asphalte des allées, des stationnements ainsi que des voies publiques secondaires pour des clients commerciaux et résidentiels.

Jusqu'en 1988, Will-Kare achetait tout son asphalte de concurrents, ce qui la rendait vulné-

1

2

3

price and availability. That year, Will-Kare constructed its own asphalt plant to remove its reliance upon third-party suppliers. As additional motivation, it anticipated that owning its own plant would allow it to bid on larger contracts. Finally, while Will-Kare's previous asphalt consumption did not justify construction of its own plant, it was confident that third-party sales of excess production would make the plant economically feasible.

4 After acquiring the plant, Will-Kare's sales and revenues from paving contracts increased as expected. For the taxation years in question, approximately 75 percent of Will-Kare's asphalt output was utilized in its own paving business and approximately 25 percent of its output was sold to third parties.

5 In the taxation years 1988, 1989 and 1990, Will-Kare included the plant and additions to it in Class 39 of Schedule II of the *Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945 ("Regulations"), claiming that the plant was property used primarily in the manufacturing and processing of goods for sale. As such, Will-Kare claimed an accelerated capital cost allowance under s. 20(1)(a) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 ("Act"). Will-Kare also claimed the s. 127(5) investment tax credit on the basis that the plant was "qualified property" within the meaning of s. 127(9) of the Act. Finally, Will-Kare claimed the s. 125.1(1) manufacturing and processing profits deduction for its 1988 and 1989 taxation years with respect to the whole of its income in accordance with s. 5201 of the Regulations, the so-called "Small Manufacturers' Rule".

6 The Minister of National Revenue reassessed Will-Kare, reclassifying the plant as Class 8 property for capital cost allowance purposes and denying the investment tax credit, in both cases on the basis that the plant was not being used primarily for the manufacturing or processing of goods for sale. As a consequence of the reassessment, Will-Kare's active business income was raised above \$200,000, necessitating that the manufacturing and

rentable quant aux prix et à l'approvisionnement. Cette année-là, elle a construit sa propre usine de fabrication d'asphalte afin de ne plus dépendre de tiers fournisseurs. Elle comptait en outre que le fait de posséder sa propre usine lui permettrait de soumissionner des travaux de plus grande importance. Enfin, même si sa consommation antérieure d'asphalte ne justifiait pas la construction de sa propre usine, Will-Kare était convaincue de pouvoir rendre l'usine rentable en vendant sa production excédentaire à des tiers.

Après l'acquisition de l'usine, les ventes et les recettes de Will-Kare provenant des contrats d'asphaltage ont augmenté comme prévu. Pour les années d'imposition considérées, environ 75 pour 100 de la production d'asphalte de Will-Kare était utilisée pour son entreprise d'asphaltage et environ 25 pour 100 était vendue à des tiers.

Pour les années d'imposition 1988, 1989 et 1990, Will-Kare a inscrit l'usine et les ajouts dans la catégorie 39 de l'annexe II du *Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945 (le «Règlement»), car il s'agissait selon elle d'un bien utilisé principalement pour la fabrication et la transformation de marchandises à vendre. Elle a donc demandé la déduction pour amortissement accéléré en application de l'al. 20(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la «Loi»). Elle a également demandé le crédit d'impôt à l'investissement prévu au par. 127(5) pour le motif que l'usine était un «bien admissible» au sens du par. 127(9) de la Loi. Enfin, elle a demandé le crédit au titre des bénéfices de fabrication et de transformation prévu au par. 125.1(1), pour les années d'imposition 1988 et 1989, quant à la totalité de son revenu selon l'art. 5201 du Règlement (la «Règle concernant les petits fabricants»).

Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation à l'égard de Will-Kare, inscrivant l'usine dans la catégorie 8 aux fins de la déduction pour amortissement et refusant le crédit d'impôt à l'investissement, pour le motif, dans les deux cas, que l'usine n'était pas utilisée principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre. De ce fait, le revenu de Will-Kare tiré d'une entreprise exploitée active-

processing profits deduction be calculated based upon the general pro-rata formula set out in s. 5200 of the Regulations rather than applying the deduction to Will-Kare's entire income in accordance with s. 5201 of the Regulations.

Will-Kare's appeals to both the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal were dismissed.

II. Relevant Statutory Provisions

For ease of reference, the following statutory provisions are set out.

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63 (now R.S.C., 1985, c. 1 (5th Supp.))

20. (1) Notwithstanding paragraphs 18(1)(a), (b) and (h), in computing a taxpayer's income for a taxation year from a business or property, there may be deducted such of the following amounts as are wholly applicable to that source or such part of the following amounts as may reasonably be regarded as applicable thereto:

(a) such part of the capital cost to the taxpayer of property, or such amount in respect of the capital cost to the taxpayer of property, if any, as is allowed by regulation;

127. . . .

(5) There may be deducted from the tax otherwise payable by a taxpayer under this Part for a taxation year an amount not exceeding the least of

(a) his annual investment tax credit limit for the year,

(b) the aggregate of

(i) his investment tax credit at the end of the year in respect of property acquired, or an expenditure made, before the end of the year,

. . . .

ment se chiffrait à plus de 200 000 \$, de sorte qu'il fallait calculer le crédit au titre des bénéfices de fabrication et de transformation suivant la formule de base proportionnelle prévue à l'art. 5200 du Règlement et non en appliquant le crédit à la totalité du revenu de l'appelante conformément à l'art. 5201 du Règlement.

Les appels interjetés par Will-Kare à la Cour canadienne de l'impôt et à la Cour d'appel fédérale ont été rejetés.

II. Les dispositions pertinentes

Les dispositions suivantes sont applicables:

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (maintenant L.R.C. (1985), ch. 1 (5^e suppl.)):

20. (1) Nonobstant les dispositions des alinéas 18(1)a), b) et h), lors du calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition, peuvent être déduites celles des sommes suivantes qui se rapportent entièrement à cette source de revenus ou la partie des sommes suivantes qui peut raisonnablement être considérée comme s'y rapportant:

a) la partie, si partie il y a, du coût en capital des biens supporté par le contribuable ou le montant, si montant il y a, du coût en capital des biens, supporté par le contribuable, que le règlement autorise;

127. . . .

(5) Est déductible de l'impôt payable par ailleurs par un contribuable en vertu de la présente partie pour une année d'imposition un montant qui ne dépasse pas le moins élevé des montants suivants:

a) le crédit annuel maximal d'impôt à l'investissement du contribuable;

b) le total des montants suivants:

(i) le crédit d'impôt à l'investissement du contribuable à la fin de l'année au titre de biens acquis, ou de dépenses faites, avant la fin de l'année,

. . . .

7

8

(9) In this section and section 127.1,

“investment tax credit” of a taxpayer at the end of a taxation year means the amount, if any, by which the aggregate of

(a) the aggregate of all amounts each of which is the specified percentage of

(i) the capital cost to him of a qualified property . . .

“qualified property” of a taxpayer means property . . . that is

(b) prescribed machinery and equipment acquired by the taxpayer after June 23, 1975,

that has not been used, or acquired for use or lease, for any purpose whatever before it was acquired by the taxpayer and that is

(c) to be used by him in Canada primarily for the purpose of

(i) manufacturing or processing goods for sale or lease, . . .

“specified percentage” means

(a) in respect of a qualified property

(iii) acquired primarily for use in the Province of Newfoundland, Prince Edward Island, Nova Scotia or New Brunswick or the Gaspé Peninsula,

(A) after November 16, 1978 and before 1989, 20%, and

(B) after 1988, 15%, . . .

Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945

4600. . . .

(2) Property is prescribed machinery and equipment for the purposes of the definition “qualified property” in

(9) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et à l’article 127.1:

«crédit d’impôt à l’investissement» d’un contribuable à la fin d’une année d’imposition s’entend de l’excédent, s’il en est, du total

a) de l’ensemble des montants dont chacun représente le pourcentage déterminé:

(i) du coût en capital pour le contribuable d’un bien admissible, . . .

«bien admissible» d’un contribuable s’entend d’un bien [...] qui est . . .

b) une machine prescrite ou du matériel prescrit que le contribuable a acquis après le 23 juin 1975,

qui, avant cette acquisition, n’a été utilisé à aucune fin ni acquis pour être utilisé ou loué à quelque fin que ce soit, et

c) qu’il compte utiliser au Canada principalement pour

(i) la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre ou à louer, . . .

«pourcentage déterminé» correspond aux pourcentages suivants:

a) dans le cas d’un bien admissible

(iii) acquis principalement pour être utilisé dans les provinces de Terre-Neuve, de l’Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse ou du Nouveau-Brunswick ou dans la péninsule de Gaspé,

(A) après le 16 novembre 1978 et avant 1989, 20 %,

(B) après 1988, 15 %, . . .

Règlement de l’impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945:

4600. . . .

(2) Sont des machines prescrites ou constituent du matériel prescrit pour l’application de la définition de

subsection 127(9) of the Act if it is depreciable property of the taxpayer . . . that is

«bien admissible», au paragraphe 127(9) de la Loi, les biens amortissables suivants du contribuable qui [. . .] sont . . .

(k) a property included in any of Classes 21, 24, 27, 29, 34, 39 and 40 in Schedule II.

k) des biens compris dans la catégorie 21, 24, 27, 29, 34, 39 ou 40 de l'annexe II.

SCHEDULE II

ANNEXE II

CLASS 8

CATÉGORIE 8

(20 per cent)

(20 pour cent)

Property not included in Class 2, 7, 9, 11 or 30 that is

Les biens non compris dans la catégorie 2, 7, 9, 11 ou 30 qui sont constitués par:

(a) a structure that is manufacturing or processing machinery or equipment;

a) une structure consistant dans des machines ou du matériel de fabrication ou de transformation;

CLASS 29

CATÉGORIE 29

Property that would otherwise be included in another class in this Schedule

Les biens qui autrement seraient compris dans une autre catégorie de la présente annexe

(a) that is property manufactured by the taxpayer, the manufacture of which was completed by him after May 8, 1972, or other property acquired by the taxpayer after May 8, 1972,

a) c'est-à-dire les biens fabriqués par le contribuable et dont la fabrication a été achevée après le 8 mai 1972, ou autres biens acquis par le contribuable après le 8 mai 1972,

(i) to be used directly or indirectly by him in Canada primarily in the manufacturing or processing of goods for sale or lease, . . .

(i) et devant être utilisés directement ou indirectement par lui au Canada surtout pour la fabrication ou la transformation de marchandises en vue de la vente ou de la location, . . .

(b) that is

b) c'est-à-dire

(i) property that, but for this class, would be included in Class 8, . . .

(i) les biens qui, sans la présente catégorie, seraient compris dans la catégorie 8, . . .

and

(c) that is property acquired by the taxpayer

c) c'est-à-dire les biens acquis par le contribuable:

(i) before 1988, or

(i) soit avant 1988,

(ii) before 1990

(ii) soit avant 1990 et, selon le cas:

(A) pursuant to an obligation in writing entered into by the taxpayer before June 18, 1987,

(B) that was under construction by or on behalf of the taxpayer on June 18, 1987, or

(C) that is machinery or equipment that is a fixed and integral part of a building, structure, plant facility or other property that was under construction by or on behalf of the taxpayer on June 18, 1987.

(A) qui ont été acquis conformément à une obligation écrite contractée par le contribuable avant le 18 juin 1987,

(B) dont la construction par le contribuable ou pour son compte était commencée le 18 juin 1987,

(C) qui sont des machines ou de l'équipement constituant une partie fixe et intégrante d'un bâtiment, d'une structure, d'une installation d'usine ou d'un autre bien dont la construction par le contribuable ou pour son compte était commencée le 18 juin 1987.

CLASS 39

Property acquired after 1987 that is not included in Class 29, but that would otherwise be included in that class if that class were read without reference to subparagraphs (b)(iii) and (v) and paragraph (c) thereof.

III. Judicial History

A. *Tax Court of Canada*, 97 D.T.C. 506

⁹ Sarchuk T.C.C.J., in dismissing Will-Kare's appeal, viewed its entitlement to both the investment tax credit and the Class 39 accelerated capital cost allowance as depending upon whether the asphalt plant was acquired primarily for the purpose of manufacturing or processing goods for sale or lease. Adopting the reasoning in *Canada v. Hawboldt Hydraulics (Canada) Inc. (Trustee of)*, [1995] 1 F.C. 830 (C.A.), Sarchuk T.C.C.J. concluded that use of the plant to produce asphalt for use in Will-Kare's own paving business did not constitute the manufacture of goods for sale, but rather for use in contracts for work and materials.

¹⁰ Sarchuk T.C.C.J. also dismissed Will-Kare's argument that because potential third-party sales of asphalt were of equal importance in its decision to acquire the plant, the manufacturing of goods for sale was one of the plant's prospective primary uses. As third-party sales never represented more than 25 percent of total sales, Sarchuk T.C.C.J.

CATÉGORIE 39

Les biens acquis après 1987 qui ne sont pas compris dans la catégorie 29 mais qui seraient compris par ailleurs dans cette catégorie s'il était fait abstraction de ses sous-alinéas b)(iii) et (v) et de son alinéa c).

III. Les jugements antérieurs

A. *La Cour canadienne de l'impôt*, 97 D.T.C. 506

En rejetant l'appel de Will-Kare, le juge Sarchuk a dit estimer que, pour avoir droit au crédit d'impôt à l'investissement et à la déduction pour amortissement accéléré pour les biens de la catégorie 39, la contribuable devait avoir acquis l'usine de fabrication d'asphalte principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre ou à louer. Reprenant le raisonnement tenu dans *Canada c. Hawboldt Hydraulics (Canada) Inc. (Syndic)*, [1995] 1 C.F. 830 (C.A.), le juge Sarchuk a conclu que l'utilisation de l'usine pour la fabrication d'asphalte destiné à l'exploitation de l'entreprise d'asphaltage de Will-Kare était non pas une utilisation pour la fabrication de marchandises à vendre, mais plutôt une utilisation pour la fabrication de marchandises devant servir à l'exécution de contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux.

Le juge Sarchuk a également réfuté l'argument de Will-Kare selon lequel, vu que sa décision d'acquiescer à l'usine était fondée de façon également importante sur la possibilité de vendre de l'asphalte à des tiers, la fabrication de marchandises à vendre était l'une des principales utilisations éventuelles de l'usine. Comme les ventes à des tiers

concluded that the plant's primary use could not be the manufacture of goods for sale.

B. *Federal Court of Appeal*, 98 D.T.C. 6203

Strayer J.A. dismissed the appeal and concluded that Sarchuk T.C.C.J. correctly characterized the asphalt plant as not being acquired primarily for the manufacturing of goods for sale, but for the production of asphalt for use in Will-Kare's own paving business. Strayer J.A. also agreed that the phrase "goods for sale" be given the same meaning it would be given by the law of sale of goods to exclude contracts for work and materials. Therefore, Will-Kare had not acquired the plant primarily for the purpose of manufacturing or processing goods for sale.

IV. Issue

Does the capital cost of Will-Kare's asphalt plant qualify for the investment tax credit provided for by s. 127(5) of the Act and the accelerated capital cost allowance provided for by Class 39 of Schedule II of the Regulations and s. 20(1)(a) of the Act?

V. Analysis

Will-Kare's ability to claim both the s. 127(5) investment tax credit and the Class 39 accelerated capital cost allowance depends on an interpretation of a statutory requirement common to both incentives.

It was not disputed that Will-Kare was entitled to depreciate its asphalt plant for tax purposes by claiming a capital cost allowance in accordance with s. 20(1)(a) of the Act. What is disputed, however, is into which of the asset pools enumerated in Schedule II of the Regulations Will-Kare's plant was to be placed.

n'ont jamais représenté plus de 25 pour 100 des ventes totales, le juge Sarchuk a conclu que l'utilisation principale de l'usine ne pouvait pas être la fabrication de marchandises à vendre.

B. *La Cour d'appel fédérale*, 98 D.T.C. 6203

Le juge Strayer a rejeté l'appel et a conclu que le juge Sarchuk avait à juste titre considéré que l'usine de fabrication d'asphalte n'avait pas été acquise principalement pour la fabrication de marchandises à vendre, mais bien pour la production d'asphalte destiné à l'entreprise d'asphaltage de Will-Kare. Le juge Strayer a également convenu que l'expression «marchandises à vendre» devait avoir le sens attribué par le droit général en matière de vente de marchandises et exclure les marchandises fournies en exécution de contrats de fourniture d'ouvrage et matériaux. En conséquence, Will-Kare n'avait pas acquis l'usine principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre.

IV. Question en litige

Will-Kare peut-elle déduire le coût en capital de l'usine de fabrication d'asphalte au titre du crédit d'impôt à l'investissement prévu au par. 127(5) de la Loi et se prévaloir de la déduction pour amortissement accéléré selon la catégorie 39 de l'annexe II du Règlement et de l'al. 20(1)a) de la Loi?

V. Analyse

Que Will-Kare puisse ou non se prévaloir à la fois du crédit d'impôt à l'investissement prévu au par. 127(5) et de la déduction pour amortissement accéléré selon la catégorie 39 dépend de l'interprétation d'une exigence légale commune aux deux stimulants.

Les parties conviennent que Will-Kare pouvait amortir le coût de son usine de fabrication d'asphalte en se prévalant d'une déduction pour amortissement selon l'al. 20(1)a) de la Loi. Le litige porte plutôt sur la question de savoir à quelle catégorie de biens prévue à l'annexe II du Règlement appartient l'usine de Will-Kare.

11

12

13

14

15 Will-Kare clearly prefers that its plant be characterized as Class 39 property and, as such, be depreciated at an accelerated rate *vis-à-vis* the plant's alternate characterization as Class 8 property. Schedule II of the Regulations defines Class 39 property essentially as Class 29 property acquired after 1987. Therefore, for the plant to qualify as Class 39 property, Will-Kare must have acquired it "to be used directly or indirectly . . . in Canada primarily in the manufacturing or processing of goods for sale or lease".

16 Will-Kare's ability to claim the s. 127(5) investment tax credit is contingent upon the plant being characterized as "qualified property" within the meaning of s. 127(9) of the Act, generally defined as prescribed machinery and equipment to be used by the taxpayer in Canada primarily for the purpose of manufacturing or processing goods for sale or lease. Pursuant to s. 4600(2)(k) of the Regulations, property is prescribed machinery and equipment if it is property included in, *inter alia*, Class 39 of Schedule II.

17 Therefore, for Will-Kare to receive the benefit of the above incentives, it must establish that it acquired the asphalt plant primarily for the purpose of manufacturing or processing goods for sale or lease.

18 Submissions were made concerning a third incentive, the s. 125.1 manufacturing and processing profits tax credit. The availability of this incentive was not raised in the courts below and is not an issue in this appeal.

Manufacturing or Processing Goods for Sale

19 Canadian jurisprudence to this point has adopted two divergent interpretations of the activities that constitute manufacturing and processing goods for sale. Without canvassing these authorities exhaustively, it may be helpful to outline briefly those

Will-Kare préfère évidemment que son usine soit considérée comme un bien de la catégorie 39 et, à ce titre, soit amortie plus rapidement qu'un bien de la catégorie 8. Selon l'annexe II du Règlement, un bien de la catégorie 39 est essentiellement un bien de la catégorie 29 acquis après 1987. Par conséquent, pour que l'usine soit considérée comme un bien de la catégorie 39, Will-Kare doit en avoir fait l'acquisition afin de l'utiliser «directement ou indirectement [. . .] au Canada surtout pour la fabrication ou la transformation de marchandises en vue de la vente ou de la location».

Pour donner droit au crédit d'impôt à l'investissement prévu au par. 127(5), l'usine de Will-Kare doit être considérée comme un «bien admissible» au sens du par. 127(9) de la Loi, soit généralement comme machine prescrite ou du matériel prescrit que le contribuable compte utiliser au Canada principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre ou à louer. Selon l'alinéa 4600(2)(k) du Règlement, un bien est une machine prescrite ou du matériel prescrit s'il appartient notamment à la catégorie 39 de l'annexe II.

Par conséquent, pour bénéficier des deux stimulants, Will-Kare doit établir qu'elle a acquis l'usine de fabrication d'asphalte principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre ou à louer.

Des observations ont été formulées concernant un troisième stimulant, soit le crédit au titre des bénéfices de fabrication et de transformation prévu à l'art. 125.1. Le droit à ce stimulant n'a pas été invoqué devant les tribunaux inférieurs et ne constitue pas une question en litige dans le présent pourvoi.

Fabrication ou transformation de marchandises à vendre

Il ressort de la jurisprudence canadienne deux interprétations divergentes des activités comportant fabrication et transformation de marchandises à vendre. Il peut être utile, sans examiner de façon approfondie la jurisprudence pertinente, d'exposer

cases which delineate these two distinct approaches.

One point of view is expressed in *Crown Tire Service Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 219 (T.D.), where the court imports common law and provincial sale of goods law distinctions in defining the scope of the manufacturing and processing incentives' application. Only capital property used to manufacture or process goods to be furnished through contracts purely for the sale of such goods qualifies. Property used to manufacture or process goods to be supplied in connection with the provision of a service, namely through a contract for work and materials, is not viewed as being used directly or indirectly in Canada primarily in the manufacturing or processing of goods for sale, and as such, does not qualify for either the accelerated capital cost allowance or the investment tax credit.

The *Crown Tire* case related to whether the application of treads manufactured by the taxpayer to tires brought in by customers for repair constituted the manufacture or processing of goods for sale. Strayer J. (later J.A.) disallowed the taxpayer's claim to the s. 125.1 manufacturing and processing profits deduction as the manufactured tread was supplied through a contract for work and materials, a characterization based upon the method through which property transferred to the buyer. See p. 223:

In *Benjamin's Sale of Goods* (London, 1974), in considering the distinction between a contract of sale of goods and a contract for work and materials, it is stated:

Where work is to be done on the land of the employer or on a chattel belonging to him, which involves the use or affixing of materials belonging to the person employed, the contract will ordinarily be one for work and materials, the property in the latter passing

brièvement les affaires qui illustrent ces deux écoles de pensée.

L'un des deux points de vue est exprimé dans *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 219 (1^{re} inst.), qui invoque des distinctions issues de la common law et du droit provincial en matière de vente de marchandises pour définir l'admissibilité aux stimulants fiscaux accordés pour la fabrication et la transformation. Seuls sont admissibles les biens en immobilisation utilisés pour fabriquer ou transformer des marchandises fournies en exécution de contrats comportant uniquement la vente de ces marchandises. Un bien utilisé pour fabriquer ou transformer des marchandises fournies dans le cadre de la prestation de services, c'est-à-dire en exécution d'un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux, n'est pas considéré comme utilisé directement ou indirectement au Canada surtout pour la fabrication ou la transformation d'articles destinés à la vente et n'ouvre donc pas droit à la déduction pour amortissement accéléré ou au crédit d'impôt à l'investissement.

La question en litige dans l'affaire *Crown Tire* était de savoir si la fixation de bandes de roulement fabriquées par la contribuable à des pneus que des clients venaient faire réparer équivalait à la fabrication ou à la transformation d'articles à vendre. Le juge Strayer (nommé depuis à la Cour d'appel) a rejeté la prétention de la contribuable selon laquelle elle avait droit au crédit d'impôt au titre des bénéfices de fabrication et de transformation prévu à l'art. 125.1, car les bandes de roulement fabriquées étaient fournies en exécution d'un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux, cette qualification étant fondée sur le mode de transfert de la propriété à l'acheteur. Il écrit (à la p. 223):

Dans *Benjamin's Sale of Goods* (Londres, 1974), on dit relativement à la distinction entre un contrat de vente de marchandises et un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux:

[TRADUCTION] Lorsqu'un bien, meuble ou immeuble, de l'employeur doit faire l'objet de travaux comportant l'utilisation ou l'adjonction de matériaux appartenant à la personne engagée à cet effet, il s'agira normalement d'un contrat de fourniture d'ouvrage et de

20

21

to the employer by accession and not under any contract of sale.

I believe that the situation here fits within the general principle as stated in *Benjamin*. With respect to the retreading of tires owned by customers, it appears to me that the customers retain ownership throughout the process.

22

A second line of authority departs from the point of view in *Crown Tire* and declines to apply statutory and common law sale of goods rules in delineating that capital property to which the manufacturing and processing incentives apply. Rather, these cases advocate a literal construction of "sale" such that the provision of a service incidental to the supply of a manufactured or processed good does not preclude receiving the benefit of the incentives. Any transfer of property for consideration would suffice. See *Halliburton Services Ltd. v. The Queen*, 85 D.T.C. 5336 (F.C.T.D.), aff'd 90 D.T.C. 6320 (F.C.A.), and *The Queen v. Nowco Well Service Ltd.*, 90 D.T.C. 6312 (F.C.A.).

23

Halliburton and *Nowco* considered the form of contract entered into between the taxpayer and customer to be irrelevant. In both cases the Federal Court of Appeal quoted with approval language from Reed J.'s decision in *Halliburton* at the Trial Division that appears to suggest an alternative test based upon the source of the taxpayer's profit. As stated by Reed J., at p. 5338:

... I do not find any requirement that the contract which gives rise to the taxpayer's profit must be of a particular nature, eg: one for the sale of goods and not one of a more extensive nature involving work and labour as well as the goods or material supplied. In my view it is the source of the profit, (arising out of processing) that is important ... not the nature of the taxpayer's contract with its customers.

24

Rolls-Royce (Canada) Ltd. v. The Queen, 93 D.T.C. 5031 (F.C.A.), attempted to reconcile these diverging lines of authority by restricting *Crown*

matériaux, la propriété de ceux-ci passant alors à l'employeur par accession et non pas en vertu d'un contrat de vente.

J'estime que le principe général énoncé dans *Benjamin* s'applique à la situation en l'espèce. Quant aux pneus appartenant aux clients, il me semble que pendant tout le processus de rechapage ces derniers en conservent la propriété.

L'autre école de pensée se dissocie du point de vue exprimé dans *Crown Tire* et se refuse à appliquer les règles issues des lois et de la common law en matière de vente de marchandises pour déterminer à quels biens en immobilisation s'appliquent les stimulants fiscaux accordés pour la fabrication et la transformation. Elle préconise plutôt une interprétation littérale du mot «vente», de telle sorte que la prestation d'un service accessoire à la fourniture d'un article fabriqué ou transformé n'empêche pas le contribuable de bénéficier des stimulants. Le transfert de propriété contre valeur suffit. Voir *Halliburton Services Ltd. c. La Reine*, 85 D.T.C. 5336 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par 90 D.T.C. 6320 (C.A.F.), et *La Reine c. Nowco Well Service Ltd.*, 90 D.T.C. 6312 (C.A.F.).

Dans *Halliburton* et *Nowco*, le type de contrat entre le contribuable et le client n'a pas été jugé pertinent. Dans les deux cas, la Cour d'appel fédérale a cité et approuvé ce que disait le juge Reed, en première instance, dans *Halliburton*, semblant recommander un autre critère fondé sur la source du bénéfice du contribuable (à la p. 5338):

... je ne trouve aucune exigence selon laquelle le contrat qui donne lieu au bénéfice du contribuable doit être d'une nature particulière par ex.: un contrat pour la vente de marchandises et non un contrat d'une nature plus étendue qui comprend le travail et la main-d'œuvre ainsi que les marchandises ou les matériaux qui sont fournis. À mon avis, c'est la source du bénéfice, (qui découle de la transformation) qui est importante [...] et non la nature du contrat du contribuable avec ses clients.

L'arrêt *Rolls-Royce (Canada) Ltd. c. La Reine*, 93 D.T.C. 5031 (C.A.F.), tente de concilier les deux courants jurisprudentiels opposés en limitant

Tire's reasoning to circumstances that do not evidence the manufacture of a discrete and identifiable good prior or contemporaneous to the provision of a service. As stated by MacGuigan J.A. at p. 5034:

The crucial distinction between *CrownTire* and *Halliburton* seems to me to be . . . that the processing in *CrownTire* "did not involve the creation of a good antecedent to its use in the provision of a service". . . . The rubber strip in *CrownTire* was not on the evidence manufactured or processed by the taxpayer, whereas the cement in *Halliburton* was made by the taxpayer, indeed was custom-made according to very exact specifications.

In *Hawboldt Hydraulics, supra*, the respondent taxpayer relied upon the *Rolls-Royce* interpretation of *CrownTire* to claim a Class 29 accelerated capital cost allowance and s. 127(5) investment tax credit with respect to property used to manufacture parts for use in repair services. Rejecting the taxpayer's claim, the court reverted to the original *CrownTire* approach. Isaac C.J. wrote at p. 847:

We are invited by the modern rule of statutory interpretation to give those words their ordinary meaning. But we are dealing with a commercial statute and in commerce the words have a meaning that is well understood. . . . Strayer J. was right, in my respectful view, to say in *CrownTire*, at page 225 that:

. . . one must assume that Parliament in speaking of "goods for sale or lease" had reference to the general law of sale or lease to give greater precision to this phrase in particular cases.

In this appeal, Will-Kare admits that asphalt supplied in connection with its paving services is provided pursuant to a contract for work and materials. Nevertheless, Will-Kare requests that we adopt the *Halliburton* and *Newsco* ordinary meaning interpretation such that the manufacturing of goods for sale includes all manufactured goods supplied to a customer for consideration, regardless of whether paving services are provided in connection with that supply. To the contrary, the

le raisonnement tenu dans *CrownTire* aux circonstances n'établissant pas la fabrication d'un article distinct et identifiable avant la prestation d'un service ou simultanément à celle-ci. Comme le dit le juge MacGuigan (à la p. 5034):

La distinction cruciale entre les affaires *CrownTire* et *Halliburton* me semble [. . .] [tenir au fait] que la transformation en cause dans l'affaire *CrownTire* «ne comportait pas la création d'une marchandise avant son emploi dans la prestation d'un service» [. . .] Dans l'affaire *CrownTire*, les bandes de caoutchouc n'étaient pas, selon la preuve, fabriquées ou transformées par la contribuable, alors que dans l'affaire *Halliburton*, le ciment était fabriqué par la contribuable, il l'était même sur mesure selon des stipulations très précises.

Dans *Hawboldt Hydraulics*, précité, la contribuable intimée se fonde sur l'interprétation, dans *Rolls-Royce*, de la décision *CrownTire* pour demander la déduction pour amortissement accéléré selon la catégorie 29 et le crédit d'impôt à l'investissement prévu au par. 127(5) à l'égard d'un bien utilisé pour fabriquer des pièces devant servir dans la prestation de services de réparation. La cour a débouté la contribuable et est revenue à la position adoptée initialement dans *CrownTire*. Le juge en chef Isaac écrit (à la p. 847):

La règle moderne d'interprétation des lois nous invite à donner à ces mots leur sens ordinaire. Mais il s'agit en l'espèce d'une loi commerciale et dans le monde du commerce, les mots ont un sens bien compris. [. . .] Le juge Strayer avait raison, à mon humble avis, de dire ceci dans la décision *CrownTire*, à la page 225:

. . . il faut supposer que le Parlement en parlant «d'articles destinés à la vente ou à la location» a voulu, par une référence au droit général en matière de vente ou de louage, donner à cette expression une plus grande précision dans des cas particuliers.

Dans le présent pourvoi, Will-Kare reconnaît que l'asphalte fourni dans le cadre des services d'asphaltage l'est en application d'un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux. Néanmoins, elle demande à notre Cour de recourir à l'interprétation fondée sur le sens ordinaire qui est préconisée dans *Halliburton* et *Newsco* et selon laquelle la fabrication de marchandises à vendre s'entend de la fabrication de toute marchandise devant être fournie à un client contre valeur, peu importe que

25

26

respondent asserts that, as noted in *CrownTire* and *Hawboldt Hydraulics*, use of the term sale in the manufacturing and processing incentives necessarily imports common law and statutory sale of goods concepts.

27 Both parties make extensive reference to Hansard as support for their respective interpretations of Parliament's intent in utilizing the words "goods for sale" in connection with the manufacturing and processing incentives. I do not propose to review this legislative material as I generally agree with the characterization ascribed to it by Isaac C.J. in *Hawboldt Hydraulics*, *supra*, at pp. 846-47:

... it is clear from the total context of the legislation, including the passages from the *House of Commons Debates* to which I have referred, that Parliament's objective in enacting the legislation was encouragement of increased production of manufactured and processed goods to be placed on the domestic and international markets in competition with foreign manufacturers. That that is the activity which Parliament sought to encourage is, to my mind, plain from the Debates. It is equally plain that Parliament intended to benefit manufacturers and processors who engaged in those activities. In other words, the relevant statutory provisions were designed to give Canadian manufacturers and processors an advantage over their foreign competitors in the domestic and foreign markets. It is also clear that Parliament had in mind specific target groups and specific target activities. The legislation was not intended to benefit every manufacturing activity or every manufacturer. The language of the statute is clear that the activity to be benefited was the manufacture of goods for sale or lease . . .

28 From the legislative material accompanying the manufacturing and processing incentives, it is clear that Parliament's objective was to encourage the manufacturing and processing sector's ability to address foreign competition in the domestic and international markets and foster increased employment in that sector of the Canadian economy. Fur-

des services d'asphaltage soient fournis concurrentement. L'intimée fait valoir au contraire que, comme il est mentionné dans *CrownTire* et *Hawboldt Hydraulics*, le mot vente employé dans le cadre des stimulants fiscaux pour la fabrication et la transformation s'entend nécessairement de la vente de marchandises au sens de la common law et de la loi.

Les deux parties citent abondamment les débats de la Chambre à l'appui de leur interprétation respective de l'intention du législateur qui sous-tend l'emploi de «marchandises à vendre» dans le cadre des stimulants fiscaux accordés pour la fabrication et la transformation. Je ne m'attarderai pas à ces documents législatifs étant donné que je suis généralement d'accord avec la qualification proposée à leur égard par le juge en chef Isaac dans *Hawboldt Hydraulics*, précité, aux pp. 846 et 847:

... il ressort clairement du contexte global des textes législatifs, y compris des extraits des *Débats de la Chambre des communes* auxquels j'ai fait référence, que le législateur avait, en adoptant ces textes, pour objectif de favoriser l'accroissement de la production et de la transformation de produits destinés à concurrencer les manufacturiers étrangers au pays comme sur le marché international. Que ce soit là l'activité que le Parlement voulait encourager ressort clairement, à mon sens, des Débats. Il est également manifeste que le Parlement entendait avantager les manufacturiers et les transformateurs engagés dans ce genre d'activités. En d'autres termes, les dispositions législatives applicables visaient à conférer aux manufacturiers et transformateurs canadiens un avantage par rapport à leurs concurrents étrangers, au pays et à l'étranger. Il est également clair que le Parlement avait à l'esprit des groupes ainsi que des activités cibles. Les dispositions n'ont pas été conçues au profit de toutes les activités manufacturières ni à celui de tous les manufacturiers. Il ressort clairement du texte de la loi que l'activité devant être avantagée était la fabrication de marchandises destinées à la vente ou à la location . . .

Il ressort des documents législatifs se rapportant aux stimulants fiscaux en cause que l'objectif du législateur était de rendre le secteur de la fabrication et de la transformation plus apte à soutenir la concurrence étrangère sur les marchés intérieur et international et de favoriser l'emploi dans ce secteur de l'économie canadienne. De plus, il est

thermore, it is clear that Parliament did not wish to define exhaustively the scope of manufacturing or processing, words which do not have distinct legal meanings, but left it to the courts to interpret this language according to common commercial use. The language in *Hansard* is not helpful as to the meaning which Parliament intended to subscribe to the words “for sale or lease”. It neither dictates, nor precludes, the application of common law sale of goods distinctions.

Notwithstanding this absence of direction, the concepts of a sale or a lease have settled legal definitions. As noted in *Crown Tire and Hawboldt Hydraulics*, Parliament was cognizant of these meanings and the implication of using such language. It follows that the availability of the manufacturing and processing incentives at issue must be restricted to property utilized in the supply of goods for sale and not extended to property primarily utilized in the supply of goods through contracts for work and materials.

It is perhaps true, as Will-Kare submitted and as noted in *Halliburton*, *supra*, at p. 5338, that the use of sale of goods law distinctions sometimes yields the anomalous result that the provision of services in connection with manufactured and processed goods will disqualify property that would, but for the services, qualify for the incentives. Nevertheless, it remains that in drafting the manufacturing processing incentives to include reference to sale or lease, Parliament has chosen to use language that imports relatively fine private law distinctions. Indeed, the Act is replete with such distinctions. Absent express direction that an interpretation other than that ascribed by settled commercial law be applied, it would be inappropriate to do so.

To apply a “plain meaning” interpretation of the concept of a sale in the case at bar would assume that the Act operates in a vacuum, oblivious to the legal characterization of the broader commercial

manifeste que le législateur n’a pas voulu définir de manière exhaustive les activités de fabrication et de transformation, ces mots n’ayant aucun sens juridique particulier, mais a plutôt confié aux tribunaux la tâche d’interpréter ces termes conformément à l’usage commercial courant. Le langage employé dans le journal des débats ne permet pas de déterminer le sens que le législateur a voulu attribuer au terme «à vendre ou à louer». Ainsi, l’application des distinctions établies en common law relativement à la vente de marchandises n’est ni prescrite ni exclue.

Malgré cette absence de précision, vente et location ont un sens bien établi en droit. Comme il est signalé dans *Crown Tire* et *Hawboldt Hydraulics*, le législateur connaissait le sens de ces termes et était conscient des conséquences de leur emploi. Il s’ensuit que les stimulants fiscaux accordés pour la fabrication et la transformation ne visent que les biens utilisés pour la fourniture de marchandises à vendre, à l’exclusion des biens utilisés principalement pour la fourniture de marchandises en exécution de contrats de fourniture d’ouvrage et de matériaux.

Il se peut, comme l’a fait valoir Will-Kare et comme il est mentionné dans *Halliburton*, précité, à la p. 5338, que le recours aux distinctions établies en droit relativement à la vente de marchandises ait parfois pour conséquence anormale que la fourniture de services relativement aux marchandises fabriquées et transformées rende inadmissible un bien qui, sans les services, aurait donné droit aux stimulants. Il demeure toutefois que, en incluant les mentions de la vente ou de la location dans les dispositions prévoyant l’octroi de stimulants pour la fabrication ou la transformation, le législateur a opté pour un langage qui fait appel à des distinctions relativement subtiles issues du droit privé. La Loi est en fait truffée de telles distinctions. Sauf indication contraire expresse, il y a lieu de recourir à l’interprétation qui découle des règles bien établies du droit commercial.

Interpréter en l’espèce le mot vente selon son «sens ordinaire» supposerait que la Loi s’applique en vase clos sans tenir aucun compte de la qualification juridique des rapports commerciaux plus

29

30

31

relationships it affects. It is not a commercial code in addition to a taxation statute. Previous jurisprudence of this Court has assumed that reference must be given to the broader commercial law to give meaning to words that, outside of the Act, are well-defined. See *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298. See also P. W. Hogg, J. E. Magee and T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law* (3rd ed. 1999), at p. 2, where the authors note:

The Income Tax Act relies implicitly on the general law, especially the law of contract and property. . . . Whether a person is an employee, independent contractor, partner, agent, beneficiary of a trust or shareholder of a corporation will usually have an effect on tax liability and will turn on concepts contained in the general law, usually provincial law.

32

Referring to the broader context of private commercial law in ascertaining the meaning to be ascribed to language used in the Act is also consistent with the modern purposive principle of statutory interpretation. As cited in E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

See *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. The modern approach to statutory interpretation has been applied by this Court to the interpretation of tax legislation. See *65302 British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 5, *per* Bastarache J., and at para. 50, *per* Iacobucci J.; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578.

33

The technical nature of the Act does not lend itself to broadening the principle of plain meaning to embrace popular meaning. The word sale has an established and accepted legal meaning.

généraux qu'elle vise. Il ne s'agit pas d'un code du commerce qui s'ajoute à une loi fiscale. Notre Cour a tenu pour acquis, dans des arrêts antérieurs, qu'il faut s'en remettre aux règles plus générales du droit commercial pour attribuer un sens à des mots qui, indépendamment de la Loi, sont bien définis. Voir *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298. Voir également P. W. Hogg, J. E. Magee et T. Cook, *Principles of Canadian Income Tax Law* (3^e éd. 1999), à la p. 2, où les auteurs signalent:

[TRADUCTION] La Loi de l'impôt sur le revenu se fonde implicitement sur le droit commun et plus particulièrement sur le droit des contrats et le droit des biens [. . .] Le fait qu'une personne soit un employé, un entrepreneur indépendant, un associé, un mandataire, le bénéficiaire d'une fiducie ou l'actionnaire d'une société par actions a généralement une incidence sur l'obligation fiscale et dépend de notions du droit commun, soit généralement du droit provincial.

Il est également conforme au principe moderne de l'interprétation des lois en fonction de leur objet de s'en remettre au contexte plus large du droit commercial pour déterminer le sens à donner aux termes employés dans la Loi. Comme le dit E. A. Driedger dans *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87:

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution: il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au par. 21. Pour l'interprétation des lois fiscales, notre Cour a appliqué la méthode moderne. Voir *65302 British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, au par. 5, le juge Bastarache, et au par. 50, le juge Iacobucci; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 578.

La nature technique de la Loi ne permet pas d'élargir le principe du sens ordinaire de manière à englober le sens courant. Le mot vente a un sens juridique bien établi et reconnu.

Will-Kare's submissions essentially advocate the application of an economic realities test to the interpretation of what constitutes a sale for the purpose of the manufacturing and processing incentives. However, as noted above, in the absence of express legislative direction to the contrary, I view the incentives' reference to the concepts of sale and lease as importing private law distinctions. As such, the provisions at issue are clear and unambiguous and reference to economic realities is not warranted. See *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, at para. 40.

It would be open to Parliament to provide for a broadened definition of sale for the purpose of applying the incentives with clear language to that effect. Given, however, the provisions merely refer to sale, it cannot be concluded that a definition other than that which follows from common law and sale of goods legislation was envisioned.

For the taxation years in issue, approximately 75 percent of the asphalt produced by the Will-Kare's plant was supplied in connection with Will-Kare's paving services. Thus the plant was used primarily in the manufacturing or processing of goods supplied through contracts for work and materials, not through sale. Property in the asphalt transferred to Will-Kare's customers as a fixture to real property.

The principles enunciated in *Crown Tire and Hawboldt Hydraulics*, to the extent they dictate reference to a common law and statutory definition of sale, offer a guide preferable to the broader interpretation of sale described in *Halliburton* and *Nowsco*.

Therefore I would dismiss the appeal with costs throughout.

Dans ses arguments, Will-Kare préconise essentiellement l'application du critère des réalités économiques pour déterminer ce qui constitue une vente pour l'octroi des stimulants fiscaux au titre de la fabrication et de la transformation. Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, sauf indication contraire expresse dans la loi, je considère que, en ce qui concerne les stimulants fiscaux, le renvoi aux notions de vente et de louage introduit des distinctions établies par le droit privé. Les dispositions en cause sont claires et non équivoques, et le renvoi aux réalités économiques n'est pas justifié. Voir *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, au par. 40.

Il serait loisible au législateur de prévoir une définition plus étendue de la vente aux fins de l'application des stimulants fiscaux en adoptant un libellé clair en ce sens. Cependant, comme les dispositions en cause renvoient simplement à la vente, on ne peut conclure qu'il a voulu donner une autre portée que celle découlant de la common law et des lois relatives à la vente de marchandises.

Pour les années d'imposition considérées, environ 75 pour 100 de l'asphalte fabriqué à l'usine de Will-Kare était fourni dans le cadre des services d'asphaltage de Will-Kare. Ainsi, l'usine était utilisée principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises fournies en exécution de contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux, et non en exécution de contrats de vente. La propriété de l'asphalte est passée aux clients de Will-Kare comme accessoire fixe d'un bien réel.

Les principes énoncés dans *Crown Tire et Hawboldt Hydraulics*, dans la mesure où ils privilégient la définition de la vente selon la common law et les lois pertinentes, offrent des paramètres préférables à l'interprétation plus générale de la vente préconisée dans *Halliburton* et *Nowsco*.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

34

35

36

37

38

The reasons of Gonthier, McLachlin and Binnie JJ. were delivered by

39

BINNIE J. (dissenting) — The fundamental issue in this case is the interpretation of everyday words used by Parliament in the context of a tax regime based on self-assessment. In 1997, the last year for which precise statistics are available, 20,453,540 tax returns were filed with Revenue Canada. Most taxpayers are not (and likely have no desire to be) learned in the law. When confronted as here with the phrase “primarily in the manufacturing or processing of goods for sale or lease” under s. 127(9) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63 (“Act”), he or she is entitled, in my opinion, to the benefit of the plain meaning of an everyday word like “sale”. The taxpayer was denied that benefit by the Minister in this case. The millions of taxpayers who are *not* lawyers cannot be expected to reach for *Benjamin’s Sale of Goods* to research the difference between a contract for the sale of goods and a contract for work and materials and to apply these distinctions in the assessment of their own income tax liability. I would therefore allow the appeal.

40

The taxpayer appellant, who was originally in the paving business, expanded his operation to include the manufacture of asphalt, and thereafter claimed an accelerated capital cost allowance under s. 20(1)(a) of the Act. (The appellant also seeks an investment tax credit pursuant to s. 127(5) of the Act.) Entitlement to the accelerated capital cost allowance (“fast tax write-off”) turns on the taxpayer’s ability to demonstrate that its investment in the asphalt plant was made to acquire property

to be used directly or indirectly by him in Canada primarily in the manufacturing or processing of *goods for sale or lease* [emphasis added]

within the meaning of s. 20(1)(a) of the Act and Classes 39 and 29 in Schedule II of the *Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945. Entitlement to

Version française des motifs des juges Gonthier, McLachlin et Binnie rendus par

LE JUGE BINNIE (dissident) — La question fondamentale en l’espèce est l’interprétation de termes courants employés par le législateur dans le contexte d’un régime fiscal fondé sur l’autocotisation. En 1997, dernière année pour laquelle nous disposons de statistiques précises, 20 453 540 déclarations de revenu ont été produites auprès de Revenu Canada. La plupart des contribuables ne sont pas des juristes (et n’ont probablement aucun désir de l’être). Confronté, comme en l’espèce, à l’interprétation de l’expression «principalement pour la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre ou à louer» au par. 127(9) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63 (la «Loi»), le contribuable a droit, à mon avis, au bénéfice du sens ordinaire d’un mot aussi courant que «vente». En l’espèce, le ministre a refusé ce bénéfice à la contribuable. On ne peut demander aux millions de contribuables qui *ne* sont *pas* des avocats d’aller consulter l’ouvrage *Benjamin’s Sale of Goods* pour y découvrir la différence entre un contrat de vente de marchandises et un contrat de fourniture d’ouvrage et de matériaux, et d’appliquer ces distinctions pour déterminer leur propre obligation fiscale. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi.

La contribuable appelante, qui était à l’origine une entreprise de pavage, a élargi ses activités pour y inclure la fabrication d’asphalte, et a demandé ensuite une déduction pour amortissement accéléré au titre de l’al. 20(1)a) de la Loi. (L’appelante a également demandé un crédit d’impôt à l’investissement en vertu du par. 127(5) de la Loi.) Le droit à la déduction pour amortissement accéléré dépend de la capacité de la contribuable de démontrer qu’elle a investi dans l’usine de fabrication d’asphalte dans le but d’acquérir des biens

devant être utilisés directement ou indirectement par [elle] au Canada surtout pour la fabrication ou la transformation de *marchandises en vue de la vente* ou de la location [italiques ajoutés]

au sens de l’al. 20(1)a) de la Loi et des catégories 39 et 29 de l’annexe II du *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945. Le droit au

the investment tax credit turns on similar wording in s. 127(9)(c)(i).

The asphalt plant produced a manufactured product in a saleable condition. The asphalt came fully into existence prior to any paving services being rendered, obviously. The evidence is that about 25 percent of the product was appropriated by the taxpayer and sold as is to customers. It disposed of the balance of the asphalt under various paving contracts for work and materials. None of the asphalt was retained by the taxpayer. The Minister denied the fast tax write-off because, while the asphalt plant produced a saleable product, the taxpayer chose to dispose of it primarily under contracts for work and materials rather than under contracts of sale within the meaning of the *Sale of Goods Act, 1893* (U.K.), 56 & 57 Vict., c. 71, and various derivative provincial statutes.

It is common ground that if the taxpayer had sold to its paving customers the asphalt in one contract and the installation of it in another, it would be entitled to the deduction.

In this case, the Tax Court of Canada and the Federal Court of Appeal upheld the Minister's decision based on an interpretation developed by Strayer J. in *Crown Tire Service Ltd. v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 219 (T.D.), where he said at p. 225:

While the distinctions employed here may seem somewhat technical and remote from revenue law, one must assume that Parliament in speaking of "goods for sale or lease" had reference to the general law of sale or lease to give greater precision to this phrase in particular cases.

As applied to the facts of this case, however, the asphalt at the plant door was in fact "for sale". The Minister's interpretation requires that the statutory text be supplemented with additional words so that, as extended, it would read "goods to be disposed of under contracts for sale or lease". I agree in this respect with the approach of Reed J. speaking of a comparable provision of the Act in *Halliburton Services Ltd. v. The Queen*, 85 D.T.C. 5336

crédit d'impôt à l'investissement est formulé dans des termes similaires au sous-al. 127(9)c)(i).

L'usine de fabrication d'asphalte produisait un matériau prêt à vendre. De toute évidence, l'asphalte était produit avant la prestation de tout service de pavage. Selon la preuve, la contribuable a pris environ 25 pour 100 du produit pour le vendre tel quel à des clients. Le reste de l'asphalte a servi à l'exécution de divers contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux, la contribuable n'en ayant pas conservé. Le ministre a refusé la déduction pour amortissement accéléré au motif que, même si l'usine de fabrication d'asphalte produisait un matériau prêt à vendre, la contribuable a choisi de l'utiliser principalement en exécution de contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux et non de contrats de vente de marchandises, au sens de la *Sale of Goods Act, 1893* (R.-U.), 56 & 57 Vict., ch. 71, et de diverses lois provinciales dérivées.

Nul ne conteste que, si la contribuable avait conclu avec ses clients un contrat pour la vente de l'asphalte et un autre pour l'étendre, elle aurait droit à la déduction.

La Cour canadienne de l'impôt et la Cour d'appel fédérale ont confirmé la décision du ministre en se fondant sur une explication donnée par le juge Strayer dans *Crown Tire Service Ltd. c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 219 (1^{re} inst.), à la p. 225:

Bien que ces distinctions puissent paraître quelque peu subtiles et étrangères au droit fiscal, il faut supposer que le Parlement en parlant «d'articles destinés à la vente ou à la location» a voulu, par une référence au droit général en matière de vente ou de louage, donner à cette expression une plus grande précision dans des cas particuliers.

Toutefois, vu les faits de l'espèce, l'asphalte, à sa sortie de l'usine, était effectivement «à vendre». L'interprétation du ministre suppose l'ajout de quelques mots au texte de la loi pour préciser qu'il s'agit de «marchandises destinées à être aliénées en exécution de contrats de vente ou de location». Je souscris à cet égard à l'analyse du juge Reed qui parlait d'une disposition semblable de la Loi dans *Halliburton Services Ltd. c. La Reine*, 85 D.T.C.

41

42

43

44

(F.C.T.D.), at p. 5338, aff'd 90 D.T.C. 6320 (F.C.A.):

It seems to me to be quite clear that what was intended was a tax deduction with respect to profit arising out of the manufacturing and processing of goods, not a requirement that the goods had to be sold in a particular fashion.

5336 (C.F. 1^{re} inst.), à la p. 5338, conf. par 90 D.T.C. 6320 (C.A.F.):

Il me semble assez évident que ce qui est prévu est une déduction fiscale en ce qui a trait au bénéfice qui découle de la fabrication et de la transformation de marchandises et non une exigence selon laquelle les marchandises doivent être vendues d'une manière particulière.

45 Considerable argument was addressed to us and in the courts below about the percentage of asphalt that was disposed of under contracts of work and materials as opposed to contracts of sale. This debate was precipitated by the word "primarily" in the definition. In my view, the taxpayer's case, if it is to succeed, does not turn on these percentages, but on the proposition that all of the asphalt produced at the plant was for sale and asphalt disposed of under a contract for work and materials was a "sale" of the manufactured asphalt within the plain meaning of the Act.

Contracts for Work and Material

46 The appellant's standard form customer contract was "for furnishing all labour, materials and equipment required for the performance" of the work. In the sample contract provided in the appellant's record, the handwritten notation undertook to "excavate unsuitable material, supply necessary gravel, grade, compact and pave with 2½" of asphalt". The global price for the job is then stipulated. The evidence was that about half of the contract price was for materials, of which about half was for asphalt. These percentages are not significant because the tax benefit relates not to a percentage of the paving contract price but to the \$433,535 wholly spent to acquire the asphalt plant.

La question du pourcentage d'asphalte utilisé en exécution des contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux par opposition aux contrats de vente a été abondamment débattue devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure. C'est l'emploi de «principalement» dans la définition qui a suscité le débat. À mon avis, le succès de la contribuable dépend non pas de ces pourcentages mais de la thèse selon laquelle la totalité de l'asphalte fabriqué à l'usine était destinée à la vente et l'utilisation de l'asphalte en exécution d'un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux était une «vente» de l'asphalte fabriqué, selon le sens ordinaire de la Loi.

Contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux

Le contrat type que l'appelante faisait signer à ses clients prévoyait qu'elle fournissait [TRADUCTION] «la totalité de la main-d'œuvre, des matériaux et de l'outillage nécessaires à l'exécution» des travaux. Dans l'exemplaire figurant dans les dossiers de l'appelante, une note manuscrite indique que le contractant s'engage à [TRADUCTION] «enlever les matériaux impropres, fournir le gravier nécessaire, niveler le terrain, effectuer le compactage et appliquer 2½ po d'asphalte». Y figure ensuite le prix global des travaux. Selon la preuve, environ la moitié du prix du contrat s'appliquait aux matériaux, dont à peu près la moitié pour l'asphalte. Ces pourcentages importent peu étant donné que l'avantage fiscal s'attache non pas à un pourcentage du prix du contrat d'asphaltage mais à la totalité de la somme de 433 535 \$ dépensée pour l'acquisition de l'usine de fabrication d'asphalte.

47 I note at the outset that this case differs from the "repair cases" such as *Rolls-Royce (Canada) Ltd. v. The Queen*, 93 D.T.C. 5031 (F.C.A.), applica-

Je souligne d'entrée de jeu que la présente espèce diffère des «affaires de réparation», telle l'affaire *Rolls-Royce (Canada) Ltd. c. La Reine*, 93

tion for leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1993] 2 S.C.R. x, where it was held that the overhauling of aircraft engines constituted “manufacturing or processing” but not “for sale” because the engines in issue were throughout owned by customers of the taxpayer. *Crown Tire, supra*, is to the same effect. No such issue arises here. In the beginning, the taxpayer owned the asphalt. At the end, the customer did. The only issue on this appeal is whether the asphalt as manufactured was for sale.

La Forest J. pointed out in *H. W. Liebig & Co. v. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 70, at p. 83, that “the primary meaning of sale is the transfer of property to another for a price”. Referring to the definition in the *Oxford English Dictionary* of “sale” as “[t]he action or an act of selling or making over to another for a price; the exchange of a commodity for money or other valuable consideration”, La Forest J. said of the word “sale”, in the admittedly different context of a real estate purchase agreement, “I do not think the technical meaning that lawyers may attach to a word for certain purposes should be substituted for the ordinary meaning of that word in everyday speech unless there is evidence that the parties intended to use it in that special or technical sense” (p. 84). In my view, ordinary words in the Act like “for sale” should also be interpreted in light of “the ordinary meaning of the word in everyday speech”. Here, the supply of asphalt was specified, although the price was not allocated in the contract as between work and materials. The customer’s objective was to obtain an asphalt driveway, and the services provided by the taxpayer were incidental to realization of that objective. The price was paid, and the customer became the owner of the asphalt in his driveway. The taxpayer and its customers were likely oblivious to the fact (relied on by the Minister) that, in the eye of the law, title

D.T.C. 5031 (C.A.F.), demande d’autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1993] 2 R.C.S. x, où on a décidé que la révision de moteurs d’aéronef constituait une activité de fabrication ou de transformation, mais pas d’une marchandise «destinée à la vente» parce que les moteurs en cause demeuraient durant tout le processus la propriété des clients de la contribuable. L’arrêt *Crown Tire*, précité, va dans le même sens. La question ne se pose pas en l’espèce. Au point de départ, l’asphalte appartenait à la contribuable. Au point d’arrivée, elle appartenait au client. La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir si l’asphalte ainsi fabriqué était destiné à la vente.

Dans l’arrêt *H. W. Liebig & Co. c. Leading Investments Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 70, à la p. 83, le juge La Forest souligne que «le sens premier du mot vente est le transfert de la propriété à quelqu’un d’autre, moyennant un prix quelconque». Renvoyant à la définition que donne le *Oxford English Dictionary* du mot «sale» — «[l]’action ou l’acte de vendre ou de transférer à quelqu’un d’autre moyennant un prix; l’échange d’une marchandise contre de l’argent ou une autre considération valable» —, le juge La Forest dit ceci, dans le contexte certes différent d’une convention d’achat d’un bien immobilier: «Je ne pense pas qu’il faille remplacer le sens ordinaire d’un mot du langage courant par le sens technique que les avocats peuvent lui attribuer à certaines fins, à moins qu’il n’y ait des éléments de preuve que les parties ont voulu utiliser ce mot dans son sens spécial ou technique» (p. 84). À mon avis, des termes ordinaires de la Loi comme le terme «en vue de la vente» devraient aussi être interprétés selon le «sens ordinaire d’un mot du langage courant». En l’occurrence, la fourniture d’asphalte était spécifiée, même si dans le contrat le prix de l’ouvrage n’était pas indiqué séparément de celui des matériaux. L’objectif du client était d’obtenir une allée asphaltée, et les services fournis par la contribuable étaient accessoires à la réalisation de cet objectif. Une fois le prix payé, le client devenait propriétaire de l’asphalte recouvrant son allée. La contribuable et ses clients n’étaient vraisemblablement pas conscients du fait (invoqué par le minis-

to the steaming stretch of asphalt passed by accession.

49 This Court has frequently endorsed the “plain meaning” rule of interpretation in relation to the Act. A recent instance is *Shell Canada Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 622, per McLachlin J., as she then was, for the Court, at para. 40:

Where the provision at issue is clear and unambiguous, its terms must simply be applied. . . .

For this proposition, McLachlin J. cited *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298, at para. 51, per Bastarache J.; *Tenant v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 305, at para. 16, per Iacobucci J.; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 11, per Major J.; *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, [1996] 1 S.C.R. 963, at para. 15, per Cory J.

50 This is not to say that the “plain meaning” is to be applied by a court oblivious to the context. In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at p. 578, Estey J. emphasized that “[c]ourts today apply to this statute [the *Income Tax Act*] the plain meaning rule, but in a substantive sense”, which he elaborated by reference to the oft-quoted passage from E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87 (which Driedger styled “the modern rule”):

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

51 “[W]ords, like people, take their colour from their surroundings”, observed Professor J. Willis at p. 6 in “Statute Interpretation in a Nutshell” (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, the classic article cited by Estey J. at p. 577 of *Stubart Investments*, supra. More recently, Professor J. M. Kernochan has made a similar point: “The precise words which are in issue in relation to the facts must be weighed in the light of successive circles of context” (“Statutory Interpretation: An Outline of Method”

tre) qu’aux yeux de la loi, le titre sur cette bande fumante d’asphalte passait par accession.

Notre Cour a fréquemment sanctionné la règle d’interprétation dite du «sens ordinaire» en ce qui concerne la Loi. L’arrêt *Shell Canada Ltée c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 622, en est un récent exemple. Le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) y dit ceci au nom de la Cour (au par. 40):

Lorsque la disposition en cause est claire et non équivoque, elle doit simplement être appliquée. . . .

À l’appui de cet énoncé, le juge McLachlin cite *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, au par. 51, le juge Bastarache; *Tenant c. M.R.N.*, [1996] 1 R.C.S. 305, au par. 16, le juge Iacobucci; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, au par. 11, le juge Major; *Alberta (Treasury Branches) c. M.N.R.*, [1996] 1 R.C.S. 963, au par. 15, le juge Cory.

Cela ne veut pas dire que le tribunal doit appliquer la règle du «sens ordinaire» hors de tout contexte. Dans l’arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, à la p. 578, le juge Estey souligne qu’«[a]ujourd’hui, les tribunaux appliquent à cette loi [la *Loi de l’impôt sur le revenu*] la règle du sens ordinaire, mais en tenant compte du fond», méthode qu’il a expliquée en renvoyant à l’extrait souvent cité de l’ouvrage de E. A. Driedger intitulé *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la p. 87 (que Driedger appelle «la règle moderne»):

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou approche: il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

Selon le professeur J. Willis, à la p. 6, dans «Statute Interpretation in a Nutshell» (1938), 16 *Can. Bar Rev.* 1, article classique que cite le juge Estey, dans *Stubart Investments*, précité, à la p. 577, [TRADUCTION] «[I]es mots, comme les gens, prennent la couleur de leur environnement». Plus récemment, le professeur J. M. Kernochan a exprimé un point de vue similaire: [TRADUCTION] «Les termes précis qui sont en litige eu égard aux faits doivent être appréciés d’après des cercles contextuels succes-

(1976), 3 *Dalhousie L.J.* 333, at pp. 348-49). The *Stuart Investments* principles were further addressed by Cory J. in *Alberta (Treasury Branches) v. M.N.R.*, *supra*, at para. 15:

Even if the ambiguity were not apparent, it is significant that in order to determine the clear and plain meaning of the statute it is always appropriate to consider the “scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”.

In *Québec (Communauté urbaine) v. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 S.C.R. 3, Gonthier J., for the Court, cited and applied the *Stuart Investments* principles and, at p. 17, adopted the following statement as summarizing his conclusion on the issue of ambiguity in the legislative text:

There has been one distinct change [after *Stuart*], however, in the resolution of ambiguities. In the past, resort was often made to the maxims that an ambiguity in a taxing provision is resolved in the taxpayer’s favour and that an ambiguity in an exempting provision is resolved in the Crown’s favour. Now an ambiguity is usually resolved openly by reference to legislative intent. [Emphasis added by Gonthier J.]

The emphasis on purposive interpretation in *Notre-Dame de Bon-Secours*, *supra*, is occasionally portrayed as somewhat out of step with the modern plain meaning rule: see, e.g., B. J. Arnold, “Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning”, in *Report of Proceedings of the Fiftieth Tax Conference* (1999), 6:1, at p. 6:20, but I don’t think this observation is correct. The *Notre-Dame de Bon-Secours* judgment was directed against excessive resort to “predetermined presumptions” and advocated greater focus on the actual “legislative provision in question” (p. 20). The Court held that where, after going through the *Stuart Investments* analysis, a court concludes that the words themselves do not disclose a “plain meaning”, other interpretive tools must necessarily gain in influence, including “the context of the statute, its objective and the legislative intent” (p. 20). Far from downplaying the “plain meaning”, Gonthier

sifs» («Statutory Interpretation: An Outline of Method» (1976), 3 *Dalhousie L.J.* 333, aux pp. 348 et 349). Les principes énoncés dans l’arrêt *Stuart Investments* ont été repris par le juge Cory dans *Alberta (Treasury Branches) c. M.R.N.*, précité, au par. 15:

Même si l’ambiguïté n’était pas apparente, il importe de signaler qu’il convient toujours d’examiner «l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur» pour déterminer le sens manifeste et ordinaire de la loi en cause.

Dans *Québec (Communauté urbaine) c. Corp. Notre-Dame de Bon-Secours*, [1994] 3 R.C.S. 3, le juge Gonthier au nom de la Cour, cite et applique les principes de l’arrêt *Stuart Investments*, et adopte l’énoncé suivant résumant sa conclusion sur la question de l’ambiguïté d’un texte législatif à la p. 17:

Toutefois, il y a eu un net changement [après *Stuart*] dans la résolution d’ambiguïtés. Dans le passé, on recourait souvent aux maximes selon lesquelles toute ambiguïté dans une disposition fiscale doit être résolue en faveur du contribuable et toute ambiguïté dans une disposition prévoyant une exemption doit être résolue en faveur de Sa Majesté. De nos jours, une ambiguïté est habituellement résolue ouvertement en tenant compte de l’intention du législateur. [Souligné par le juge Gonthier.]

L’accent mis dans *Notre-Dame de Bon-Secours*, précité, sur l’interprétation téléologique est parfois considéré comme allant à contre-courant de la règle moderne du sens ordinaire: voir, à titre d’exemple, l’article de B. J. Arnold intitulé «Statutory Interpretation: Some Thoughts on Plain Meaning», dans *Report of Proceedings of the Fiftieth Tax Conference* (1999), 6:1, à la p. 6:20, mais cette observation est à mon sens incorrecte. L’arrêt *Notre-Dame de Bon-Secours* met en garde contre le recours excessif aux «présomptions préétablies» et préconise d’accorder la primauté à la «disposition législative en cause» (p. 20). La Cour dit que si, après avoir appliqué la méthode d’analyse de l’arrêt *Stuart Investments*, le tribunal conclut qu’il ne se dégage pas des mots eux-mêmes un «sens ordinaire», il lui faut alors recourir à d’autres outils d’interprétation, dont «[le] contexte de la loi, [. . .] l’objet de celle-ci et [. . .] l’intention du légis-

J., at p. 21, was at pains to explore the statutory text, finally concluding at p. 27 that:

If the legislature had intended that the tax exemption of a reception centre should be subject to the existence of a permit issued by the proper authority, it would have said so expressly as it did for day-care centres. The same textual argument can be drawn from s. 204(15)

lateur» (p. 20). Loin de minimiser la règle du «sens ordinaire», le juge Gonthier analyse soigneusement le texte de la loi (p. 21), pour conclure finalement en ces termes (à la p. 27):

. . . si le législateur avait voulu que l'exemption de taxes d'un centre d'accueil soit subordonnée à l'existence d'un permis délivré par l'autorité compétente, il l'aurait expressément mentionné comme il l'a fait pour les garderies. Le même argument de texte peut être tiré du par. 204(15) . . .

53

The first rule identified in the *Notre-Dame de Bon-Secours* summary at p. 20 is that “[t]he interpretation of tax legislation should follow the ordinary rules of interpretation”. The “ordinary rules” include the modern plain meaning rule, as noted by J. E. Fulcher, a tax counsel with the Department of Justice, in “The Income Tax Act: The Rules of Interpretation and Tax Avoidance. Purpose vs. Plain Meaning: Which, When and Why?” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 563. Commenting at p. 578 on the later case of *Canada v. Antosko*, [1994] 2 S.C.R. 312, he says:

[T]he case never gets beyond the first rule in *Bon-Secours*. The ordinary rule of interpretation here is that unambiguous provisions are to be interpreted as written, and while finding ambiguity is a subjective undertaking, why come to the Finance Department’s aid when the provision is drafted with such blinding certainty?

La première règle dégagée dans le résumé figurant à la p. 20 de l’arrêt *Notre-Dame de Bon-Secours* est que «[l]’interprétation des lois fiscales devrait obéir aux règles ordinaires d’interprétation». Les «règles ordinaires» comprennent la règle moderne du sens ordinaire, comme le fait observer J. E. Fulcher, conseiller fiscal au ministère de la Justice, dans «The Income Tax Act: The Rules of Interpretation and Tax Avoidance. Purpose vs. Plain Meaning: Which, When and Why?» (1995), 74 *R. du B. can.* 563. Commentant (à la p. 578) l’arrêt ultérieur *Canada c. Antosko*, [1994] 2 R.C.S. 312, il dit ceci:

[TRADUCTION] [L’]affaire n’a jamais dépassé la première règle énoncée dans *Bon-Secours*. La règle ordinaire d’interprétation dans ce cas est que les dispositions non équivoques doivent être interprétées comme elles sont écrites et, le constat d’ambiguïté relevant d’une certaine subjectivité, pourquoi venir à la rescousse du ministère des Finances quand la disposition est parfaitement claire?

54

The primary rule of statutory interpretation is to ascertain the intention of Parliament. Where the meaning of the words used is plain and no ambiguity arises from context, then the words offer the best indicator of Parliament’s intent: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at p. 697, *per* Lamer C.J., and at p. 712, *per* McLachlin J., dissenting. No doubt the statement that words have a “plain meaning” is itself a conclusion based on a contextual analysis. However, once the tools of interpretation have been deployed and the issue considered from the different perspectives identified by Professor Driedger, if the result of that exercise is the conclusion that the meaning of the words used by Parliament is plain, then effect must be given to them. The *Stuart Investments* gloss on “plain

La première règle dans l’interprétation des lois est qu’il faut déterminer l’intention du législateur. Quand le sens des mots utilisés est clair et que le contexte ne crée pas d’ambiguïté, les mots sont alors les meilleurs indicateurs de l’intention du législateur: *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, à la p. 697, le juge en chef Lamer, et à la p. 712, le juge McLachlin dissidente. Certes, l’affirmation que les mots ont un «sens ordinaire» est en soi une conclusion fondée sur une analyse contextuelle. Toutefois, une fois qu’on a eu recours aux outils d’interprétation et qu’on a examiné la question sous les différents angles identifiés par le professeur Driedger, s’il ressort de cet exercice que le sens des termes utilisés par le législateur est manifeste, il faut leur donner effet. Les commentaires

meaning” was thus reaffirmed by Major J. in *Friesen, supra*, at para. 10. He said that, if, after examining the context and purpose of the tax provision, the Court nevertheless concludes that “a provision is couched in specific language that admits of no doubt or ambiguity in its application to the facts, then the provision must be applied regardless of its object and purpose”: *Friesen, supra*, at para. 11, quoting P. W. Hogg and J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), at p. 454.

The strength of the “plain meaning” rule is its recognition that it is the words of the provision themselves that constitute the vehicle used by Parliament to convey its intent to the people who are trying to assess their rights and tax liabilities under the Act. As the Court said in *Antosko, supra*, at pp. 326-27:

While it is true that the courts must view discrete sections of the *Income Tax Act* in light of the other provisions of the Act and of the purpose of the legislation, and that they must analyze a given transaction in the context of economic and commercial reality, such techniques cannot alter the result where the words of the statute are clear and plain and where the legal and practical effect of the transaction is undisputed. . . .

Even less attractive, I think, is the attempt in the present case to narrow the words “sale or lease” by reference to technical legal distinctions among various types of disposal contracts which are totally extraneous to the Act and are not easily accessible to the self-assessing taxpayer. Apart from everything else, such imported technical distinctions may frustrate not only the plain meaning, but the legislative purpose of the tax provision. Where (as here) Parliament has spoken in language that continues to speak plainly despite “successive circles of context”, I think the taxpayer is entitled to the benefit voted by Parliament. It is the Minister (or the Minister’s colleague, the Minister of Finance) who recommended the particular wording to Parliament, and it is the Minister or his colleague who may recommend amendments to the Act if it is thought desirable to narrow the tax benefit.

de *Stuart Investments* sur la notion de «sens ordinaire» sont ainsi réitérés par le juge Major dans *Friesen*, précité, au par. 10. Si, dit-il, après avoir examiné le contexte et l’objet de la disposition fiscale, le tribunal conclut néanmoins qu’«une disposition est rédigée dans des termes précis qui n’admettent aucun doute ni aucune ambiguïté quant à son application aux faits, elle doit être appliquée nonobstant son objet»: *Friesen*, précité, au par. 11, citant P. W. Hogg et J. E. Magee, *Principles of Canadian Income Tax Law* (1995), à la p. 454.

La force de la règle du «sens ordinaire» réside dans la reconnaissance que les termes de la disposition sont eux-mêmes le véhicule par lequel le législateur transmet son intention aux personnes qui tentent de déterminer leurs droits et leurs obligations fiscales au titre de la Loi. Comme la Cour le dit dans l’arrêt *Antosko*, précité (aux pp. 326 et 327):

Même si les tribunaux doivent examiner un article de la *Loi de l’impôt sur le revenu* à la lumière des autres dispositions de la Loi et de son objet, et qu’ils doivent analyser une opération donnée en fonction de la réalité économique et commerciale, ces techniques ne sauraient altérer le résultat lorsque les termes de la Loi sont clairs et nets et que l’effet juridique et pratique de l’opération est incontesté. . . .

À mon avis, est encore moins séduisante la tentative, en l’espèce, de restreindre le sens de «vente ou location» en recourant à des distinctions juridiques techniques entre divers types de contrats d’aliénation, distinctions qui sont totalement étrangères à la Loi et ne sont guère à la portée du contribuable en régime d’autocotisation. Mais outre tout cela, le recours à ces distinctions techniques importées risque d’aller à l’encontre non seulement du sens ordinaire, mais aussi de l’objet législatif de la disposition fiscale. Dans un cas où, comme en l’espèce, le législateur a utilisé des termes qui continuent d’être clairs malgré les «cercles contextuels successifs», j’estime que le contribuable a droit à l’avantage ainsi consenti. C’est le ministre (ou son collègue, le ministre des Finances) qui a recommandé le libellé particulier au législateur, et c’est le ministre ou son collègue qui peut recommander la modification de la Loi s’il l’estime souhaitable pour restreindre l’avantage fiscal.

55

56

Commentary by the Tax Bar

57

The “plain meaning” approach as defined in *Stubart Investments*, *supra*, has been much discussed in the recent tax literature, including S. W. Bowman, “Interpretation of Tax Legislation: The Evolution of Purposive Analysis” (1995), 43 *Can. Tax J.* 1167; Fulcher, *supra*; K. Sharlow, “The Interpretation of Tax Legislation and the Rule of Law — Rejoinder” (1996), 75 *Can. Bar Rev.* 151; R. Taylor, “The Interpretation of Fiscal Statutes: The ‘Plain Meaning’ Approach in Recent Supreme Court of Canada Decisions”, in *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference* (1997), 64:1; Arnold, *supra*. More recently still, the “plain meaning” rule has been discussed in detail and criticized by Professor D. G. Duff in two articles titled “Interpreting the Income Tax Act” (1999), 47 *Can. Tax J.* 464 and 741. At p. 770, Professor Duff says that by over-simplifying the interpretive task, the plain meaning rule in its pure form (i.e., before Estey J. married the “plain meaning” rule to Driedger’s “modern rule” in *Stubart Investments*, *supra*)

obscures the process of statutory interpretation, artificially limits its scope, produces decisions contrary to legislative intentions and statutory purposes, permits substantial judicial discretion, and places an unreasonable burden on legislative drafters.

Whatever might have been said about the original “plain meaning” rule, I do not think that the modern plain meaning rule spelled out in *Stubart Investments* is fairly subject to these criticisms.

58

To take Professor Duff’s points in reverse order, I do not think it unreasonable to require the legislative drafter to make it plain (if such be the intent) that the product must not only be manufactured for sale, but must be disposed of under a specific type of contract, e.g., excluding contracts for work and materials. It would be a simple matter to signal to the taxpayer in ordinary language that if he or she supplies services along with the manufactured

Observations des fiscalistes

L’analyse fondée sur le «sens ordinaire», telle qu’elle est définie dans *Stubart Investments*, précité, a fait l’objet d’abondants commentaires dans la littérature fiscale récente, notamment par S. W. Bowman, «Interpretation of Tax Legislation: The Evolution of Purposive Analysis» (1995), 43 *Can. Tax J.* 1167; Fulcher, *loc. cit.*; K. Sharlow, «The Interpretation of Tax Legislation and the Rule of Law—Rejoinder» (1996), 75 *R. du B. can.* 151; R. Taylor, «The Interpretation of Fiscal Statutes: The ‘Plain Meaning’ Approach in Recent Supreme Court of Canada Decisions», dans *Report of Proceedings of the Forty-Eighth Tax Conference* (1997), 64:1; Arnold, *loc. cit.* Plus récemment, la règle du «sens ordinaire» a été examinée en détail et critiquée par le professeur D. G. Duff dans deux articles intitulés «Interpreting the Income Tax Act» (1999), 47 *Can. Tax J.* 464 et 741. Le professeur Duff dit (à la p. 770) qu’en simplifiant à l’excès la tâche interprétative, la règle du sens ordinaire, dans sa forme pure (c.-à-d. avant que le juge Estey ne l’associe à la «règle moderne» de Driedger dans l’arrêt *Stubart Investments*, précité)

[TRADUCTION] obscurcit le processus d’interprétation des lois, en restreint artificiellement la portée, donne lieu à des décisions contraires à l’intention du législateur et à l’objet de la loi, laisse place à une discrétion judiciaire substantielle et impose aux rédacteurs des lois un fardeau déraisonnable.

Quoi qu’on ait pu dire de la règle du «sens ordinaire» initiale, je ne crois pas que la règle moderne du sens ordinaire énoncée dans *Stubart Investments* mérite honnêtement ces critiques.

Pour reprendre les arguments du professeur Duff dans l’ordre inverse, j’estime qu’il n’est pas déraisonnable d’exiger du rédacteur de lois qu’il dise clairement (si telle est l’intention) que le matériau doit non seulement être fabriqué en vue de la vente, mais aussi en être disposé dans le cadre d’un type précis de contrat, excluant par exemple les contrats de fourniture d’ouvrage et de matériaux. Il serait très simple de signaler au contribuable, en langage clair, que s’il fournit des services en même temps que le matériau fabriqué il perdra la déduc-

product, the fast write-off and the investment tax credit will be forfeited.

Secondly, adoption of the plain meaning in this case reduces rather than enlarges judicial discretion. The Court respects the very words Parliament has used, and operates on the assumption that Parliament meant what it said: *Friesen, supra*, at para. 53. It does not complicate the Act with ideas borrowed from the *Sale of Goods Act, 1893*.

Thirdly, a review of the related text in the Act and the legislative history confirms the fact that the “plain meaning” accords with Parliament’s intent expressed by the responsible Minister and senior officials, a type of evidence the Court has ruled admissible as part of the interpretive exercise: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, at pp. 749-50; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627, at para. 173; *Friesen, supra*, at para. 63. While the criticism may occasionally be made that “[j]udges have considerable freedom in formulating their descriptions of legislative purpose” (R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 60), the fact is that in this case there is a wealth of authoritative guidance on point.

On May 8, 1972, the Minister of Finance, the Honourable John Turner, introduced to the House of Commons a tax amendment to permit machinery and equipment required for manufacturing operations to be written off within two years (“the fast write-off”) to provide “a substantial incentive for the establishment in Canada of new manufacturing enterprises and the expansion of existing enterprises by increasing the return that can ultimately be realized on capital investment” (*House of Commons Debates*, vol. III, 4th Sess., 28th Parl., at p. 2002). A major emphasis was on creating jobs. Asphalt plants create jobs irrespective of the form of the asphalt disposal contract.

The Minister of Finance returned to the theme of encouraging investment in manufacturing facili-

tion pour amortissement accéléré et le crédit d’impôt à l’investissement.

Deuxièmement, l’adoption du sens ordinaire en l’espèce réduit plutôt qu’elle n’élargit le pouvoir discrétionnaire des tribunaux. La Cour respecte les termes mêmes du législateur et part du postulat que ce dernier a voulu dire ce qu’il a dit: *Friesen*, précité, au par. 53. Elle ne complique pas la Loi en se fondant sur des idées empruntées de la *Sale of Goods Act, 1893*.

Troisièmement, un examen des dispositions connexes de la Loi et de l’historique législatif confirme le fait que le «sens ordinaire» concorde avec l’intention du législateur telle qu’elle est exprimée par le ministre et les hauts fonctionnaires responsables, type de preuve que la Cour a jugé admissible dans le cadre de l’interprétation: *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, aux pp. 749 et 750; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627, au par. 173; *Friesen*, précité, au par. 63. Même si la critique est occasionnellement faite que [TRADUCTION] «[L]es juges jouissent d’une liberté considérable pour définir à leur manière l’objet de la loi» (R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 60), le fait est qu’il existe en l’espèce d’abondantes sources convaincantes sur lesquelles s’appuyer.

Le 8 mai 1972, le ministre des Finances, l’honorable John Turner, présentait à la Chambre des communes une modification fiscale visant à permettre l’amortissement sur deux ans («amortissement accéléré») de la machinerie et de l’outillage utilisés dans les industries de fabrication, ces mesures devant aboutir à «des stimulants substantiels en vue de la création, au Canada, de nouvelles entreprises de fabrication, et de l’expansion de celles qui existent déjà, en accroissant les revenus que produiront, en fin de compte, les capitaux investis» (*Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 4^e sess., 28^e lég., à la p. 2002). L’accent était mis sur la création d’emplois. Or, les usines de fabrication d’asphalte créent des emplois, peu importe le type de contrat d’aliénation de l’asphalte.

Le ministre des Finances est revenu sur le thème de l’encouragement à l’investissement dans les

59

60

61

62

ties in his budget address of February 19, 1973 (*House of Commons Debates*, vol. II, 1st Sess., 29th Parl., at p. 1428), and in the post-budget debate on June 13, 1973, when he pointed out that “increasing the after-tax rate of return on investment, these measures will help to achieve these national objectives by encouraging the establishment in many parts of the country of new manufacturing and processing industries and of supporting service industries” (*House of Commons Debates*, vol. V, 1st Sess., 29th Parl., at p. 4725). Whatever else may be said of the taxpayer’s activities in this case, it acquired a new manufacturing plant and it worked the plant in conjunction with its paving service business.

unités de production dans son exposé budgétaire du 19 février 1973 (*Débats de la Chambre des communes*, vol. II, 1^{re} sess., 29^e lég., à la p. 1428) et dans le débat sur les prévisions budgétaires le 13 juin 1973, où il a souligné qu’«[e]n augmentant le montant, net d’impôt, du revenu des placements, ces mesures permettront d’atteindre les objectifs nationaux en encourageant la création, dans différentes régions de notre pays, de nouvelles industries de fabrication et de transformation ainsi que des industries de service» (*Débats de la Chambre des communes*, vol. V, 1^{re} sess., 29^e lég., à la p. 4725). Or, quoi qu’on puisse dire des activités de la contribuable en l’espèce, elle a fait l’acquisition d’une nouvelle usine de fabrication et elle l’a exploitée parallèlement à son entreprise de service d’asphaltage.

63 On June 23, 1975, the Finance Minister returned to the same theme, explaining that “I am therefore proposing to introduce an investment tax credit as a temporary extra incentive for investment in a wide range of new productive facilities” (*House of Commons Debates*, vol. VII, 1st Sess., 30th Parl., at p. 7028).

Le ministre des Finances a de nouveau repris ce thème le 23 juin 1975: «Je propose donc d’établir, à titre de stimulant supplémentaire et temporaire, un dégrèvement pour les investissements dans une gamme étendue de nouvelles installations de production» (*Débats de la Chambre des communes*, vol. VII, 1^{re} sess., 30^e lég., à la p. 7028).

64 In the same year, he explained to the Canadian Tax Foundation that:

We want the application of the policy to be clear as well. Grey areas in tax administration are no more popular with governments than with taxpayers.

La même année, il dit ceci devant l’Association canadienne d’études fiscales:

[TRADUCTION] Nous voulons aussi que l’application de la politique soit claire. Le gouvernement, pas plus que les contribuables, n’apprécie les zones grises dans l’administration fiscale.

To apply the reduced rate, a taxpayer must be able to answer two questions:

Pour appliquer le taux réduit, le contribuable doit répondre à deux questions:

Am I carrying on a manufacturing or processing activity?

Est-ce que j’exerce une activité de fabrication ou de transformation?

If I am, how much of my business income is subject to the reduced rate?

Si oui, quelle part de mon revenu d’entreprise est assujettie au taux réduit?

(“Banquet Address”, in *Report of Proceedings of the Twenty-Fourth Tax Conference* (1973), 278, at p. 281.)

(«Banquet Address», dans *Report of Proceedings of the Twenty-Fourth Tax Conference* (1973), 278, à la p. 281.)

65 In the following year, R. D. Weil, C.A., of the Technical Interpretations Division of the Department of National Revenue, further explained the tax changes in an address to the Canadian Tax

L’année suivante, R. D. Weil, c.a., de la Division des interprétations techniques au ministère du Revenu national, explique de nouveau les modifications fiscales devant l’Association canadienne

Foundation and gave an example which is apposite in the present appeal:

Where a company enters into a *supply and erect* contract, the *off-site* manufacturing of building products is not considered to be construction, whereas the activities of erecting and installing these products in place at the construction site are considered to be construction. Where a building product such as ready-mix concrete or asphalt is manufactured or processed off site and then is installed at the place of construction by the same company, some concern may exist that there is no sale of the concrete or asphalt. In these and similar circumstances, the product is considered to be sold at the time the completed structure is sold and therefore such activities will qualify. [Italics in original; underlining added.]

(“Manufacturing and Processing Tax Incentives”, in *Report of Proceedings of the Twenty-Fifth Tax Conference* (1974), 124, at p. 127.)

Administrative policy and interpretation are not determinative but are entitled to weight and can be an important factor in case of doubt about the meaning of legislation: *Harel v. Deputy Minister of Revenue of Quebec*, [1978] 1 S.C.R. 851, at p. 859, per de Grandpré J.; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 37, per Dickson J. Bulletin No. IT-145 issued by the Department of National Revenue on February 5, 1974, incorporated Mr. Weil’s interpretation as follows:

9. Where a building product such as ready-mix concrete or asphalt is manufactured or processed off site and then is installed at the place of construction by the same corporation, some concern may exist that there is no sale of the concrete or asphalt. In these and similar circumstances, the product is considered to be sold at the time the completed structure is sold and therefore such activities will qualify. [Emphasis added.]

These comments seem directed to construction projects which are a traditional heartland of work

d’études fiscales et il donne un exemple pertinent aux fins du présent pourvoi:

[TRADUCTION] Lorsqu’une entreprise signe un contrat de *fourniture* et d’*erection*, la fabrication hors chantier des produits de construction n’est pas considérée comme une activité de construction, tandis que leurs érection et installation au lieu de construction sont considérées comme des activités de construction. Lorsqu’un produit de construction, tel que le béton ou l’asphalte préparés, est fabriqué ou transformé ailleurs que sur les lieux de construction et est ensuite appliqué par la même entreprise sur les lieux de construction, une difficulté peut sembler surgir du fait qu’il n’y a pas eu de vente du béton ou de l’asphalte en question. Dans un tel cas ou un cas semblable, on considère que le produit a été vendu au moment où l’ouvrage terminé est lui-même vendu et les activités en question remplissent donc les conditions requises. [En italique dans l’original; je souligne.]

(«Manufacturing and Processing Tax Incentives», dans *Report of Proceedings of the Twenty-Fifth Tax Conference* (1974), 124, à la p. 127.)

La politique et l’interprétation de l’administration ne sont pas des sources concluantes, mais elles ont un certain poids en cas de doute sur la signification d’un texte législatif: *Harel c. Sous-ministre du revenu du Québec*, [1978] 1 R.C.S. 851, à la p. 859, le juge de Grandpré; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 37, le juge Dickson. Le Bulletin n° IT-145 publié par le ministère du Revenu national le 5 février 1974 reprend l’interprétation de M. Weil:

9. Lorsqu’un matériau ou produit de construction, tel que le béton ou l’asphalte préparés, est fabriqué ou transformé ailleurs que sur les lieux de construction, et est ensuite posé par la même corporation sur les lieux de construction, une difficulté peut sembler surgir du fait qu’il n’y a pas eu de vente du béton ou de l’asphalte en question. Dans un tel cas ou un cas semblable, on considère que le produit a été vendu au moment où l’édifice terminé est lui-même vendu et les activités en question répondent donc aux exigences de la Loi et peuvent être considérées comme des activités de construction. [Je souligne.]

Ces observations, qui paraissent viser les projets de construction — terrain traditionnel privilégié

and materials contracts, and, I think, undermine the Minister's narrow interpretation urged here.

68 Moreover, this legislative history makes it clear that the distinction drawn from the niceties of contract law adopted by the Minister and the courts below to defeat the taxpayer's claim is unrelated to the purpose of the deductions. By basing the availability of the tax incentives on the distinction between a contract for the sale of goods and a contract for work and materials, the Minister applies doctrines developed in a non-tax context aimed at the totally different (and irrelevant) law governing the rights and obligations of buyers and sellers. There are, no doubt, provisions in the *Income Tax Act* which require for their proper understanding resort to commercial law or accounting practice, but the provisions at issue in the present appeal are not among them.

69 *Notre-Dame de Bon-Secours, supra*, at p. 18, recognized that, while at one time tax legislation was arguably limited to raising funds to cover government expenses, "[i]n our time it has been recognized that such legislation serves other purposes and functions as a tool of economic and social policy. . . . Both are legitimate purposes which equally embody the legislative intent and it is thus hard to see why one should take precedence over the other." In my view, the legislative purpose here is to give positive encouragement to manufacturing and processing plants. This corroborates and reinforces the "plain meaning" of the Act.

70 While the plain meaning principle to some extent limits the scope of the interpretive exercise, it does not do so "artificially". It arrives at the intent of Parliament by the most direct route, namely by giving effect to the words Parliament has used where Parliament has made its meaning plain. While there is little danger that the Act will ever become user-friendly or self-explanatory, it is of particular importance in a self-assessment tax system to promote an interpretation of provisions,

des contrats de fourniture d'ouvrage et de matériaux —, affaiblissent à mon avis l'interprétation étroite que préconise le ministre en l'espèce.

De plus, l'historique législatif que nous venons d'esquisser montre clairement qu'il n'y a pas de lien entre la distinction inspirée des subtilités du droit des contrats que le ministre et les tribunaux inférieurs ont invoquées pour rejeter la prétention de la contribuable, et l'objet des déductions. En fondant le droit aux stimulants fiscaux sur la distinction entre un contrat de vente de marchandises et un contrat de fourniture d'ouvrage et de matériaux, le ministre applique des doctrines élaborées dans un contexte non fiscal visant des règles totalement différentes (et non pertinentes) régissant les droits et obligations des vendeurs et des acheteurs. Il y a sans aucun doute dans la Loi des dispositions dont la bonne compréhension exige de recourir au droit commercial ou aux pratiques comptables, mais les dispositions en cause dans le présent pourvoi ne sont pas de celles-là.

L'arrêt *Notre-Dame de Bon-Secours*, précité, à la p. 18, reconnaît que, si à une époque on pouvait soutenir que la législation fiscale était limitée aux campagnes de financement destinées à couvrir les dépenses du gouvernement, «de nos jours, la loi sert d'autres objectifs et se présente comme instrument d'intervention économique et sociale. [. . .] Il s'agit là de deux buts légitimes qui expriment également l'intention du législateur et, à ce titre, on voit difficilement pourquoi l'un devrait primer l'autre.» À mon avis, l'objet de la loi en l'espèce, soit l'encouragement concret donné aux usines de fabrication et de transformation, corrobore et renforce le «sens ordinaire» de la Loi.

Si le principe du sens ordinaire limite dans une certaine mesure la portée de l'interprétation, il ne le fait pas «artificiellement». Il permet d'arriver à l'intention du législateur par le chemin le plus direct, soit en donnant effet aux termes que le législateur a utilisés dans les cas où il s'est exprimé clairement. S'il est peu probable que la Loi devienne un jour conviviale ou évidente en soi, il est d'une importance primordiale dans un régime fiscal fondé sur l'autocotisation de promouvoir une

where possible, that is comprehensible to the taxpayers themselves.

Disposition

I would therefore allow the appeal and remit the matter to the Minister to be dealt with in accordance with these reasons.

Appeal dismissed with costs, GONTHIER, MCLACHLIN and BINNIE JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Philip Anisman, Toronto; Burchell MacDougall, Truro, Nova Scotia.

Solicitor for the respondent: The Department of Justice, Halifax.

interprétation des dispositions qui soit, dans la mesure du possible, compréhensible pour les contribuables eux-mêmes.

Dispositif

Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il en soit disposé en conformité avec les présents motifs.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges GONTHIER, MCLACHLIN et BINNIE sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Philip Anisman, Toronto; Burchell MacDougall, Truro, Nouvelle-Écosse.

Procureur de l'intimée: Le ministère de la Justice, Halifax.

Robert Lovelace, on his own behalf and on behalf of the Ardoch Algonquin First Nation and Allies, the Ardoch Algonquin First Nation and Allies, Chief Kris Nahrgang, on behalf of the Kawartha Nishnawbe First Nation, the Kawartha Nishnawbe First Nation, Chief Roy Meaniss, on his own behalf and on behalf of the Beaverhouse First Nation, the Beaverhouse First Nation, Chief Theron McCrady, on his own behalf and on behalf of the Poplar Point Ojibway First Nation, the Poplar Point Ojibway First Nation, and the Bonnechere Métis Association *Appellants*

and

Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association and the Ontario Métis Aboriginal Association *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in right of Ontario and the Chiefs of Ontario *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for Saskatchewan, the Council of Canadians with Disabilities, the Mnjikaning First Nation, the Charter Committee on Poverty Issues, the Congress of Aboriginal Peoples, the Native Women's Association of Canada and the Métis National Council of Women *Intervenors*

INDEXED AS: LOVELACE v. ONTARIO

Neutral citation: 2000 SCC 37.

File No.: 26165.

1999: December 7; 2000: July 20.

Robert Lovelace, en son nom et au nom de la Première nation algonquaine d'Ardoch et ses alliés, la Première nation algonquaine d'Ardoch et ses alliés, le chef Kris Nahrgang, au nom de la Première nation Kawartha Nishnawbe, la Première nation Kawartha Nishnawbe, le chef Roy Meaniss, en son nom et au nom de la Première nation de Beaverhouse, la Première nation de Beaverhouse, le chef Theron McCrady, en son nom et au nom de la Première nation ojibway de Poplar Point, la Première nation ojibway de Poplar Point et l'Association des Métis de Bonnechere *Appelants*

et

La Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association et l'Association des Métis autochtones de l'Ontario *Appelantes*

c.

Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario et les Chefs de l'Ontario *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Saskatchewan, le Conseil des Canadiens avec déficiences, la Première nation de Mnjikaning, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté, le Congrès des peuples autochtones, l'Association des femmes autochtones du Canada et le Métis National Council of Women *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: LOVELACE c. ONTARIO

Référence neutre: 2000 CSC 37.

N° du greffe: 26165.

1999: 7 décembre; 2000: 20 juillet.

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

Présents: Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Arbour.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

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

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Indians — Proceeds of province's first reserve-based commercial casino to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under Indian Act — Whether province's decision to exclude non-band aboriginal communities from casino proceeds and from participating in the negotiations infringing s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Indiens — Recettes du premier casino commercial situé dans une réserve de l'Ontario devant être distribuées seulement aux Premières nations de cette province inscrites comme bandes en vertu de la Loi sur les Indiens — Est-ce que la décision de la province d'exclure les communautés autochtones non constituées en bandes du partage des recettes et de la participation aux négociations contrevient à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Relationship between ss. 15(1) and 15(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Corrélation entre les art. 15(1) et 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Constitutional law — Division of powers — Indians — Proceeds of province's first reserve-based commercial casino to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under Indian Act — Whether province's decision to exclude non-band aboriginal communities ultra vires — Whether province exercising its spending power — Constitution Act, 1867, s. 91(24).

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Indiens — Recettes du premier casino commercial situé dans une réserve de l'Ontario devant être distribuées seulement aux Premières nations de cette province inscrites comme bandes en vertu de la Loi sur les Indiens — Est-ce que la décision de la province d'exclure les communautés autochtones non constituées en bandes est ultra vires? — La province exerçait-elle son pouvoir de dépenser? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

In the early 1990s, First Nations bands approached the Ontario government for the right to control reserve-based gaming activities. The profits from these activities were to be used to strengthen band economic, cultural, and social development. As a result, Ontario and representatives from Ontario's First Nations entered into a process of negotiations with the goal of partnering in the development of the province's first reserve-based commercial casino. In 1996, the appellants were informed by the province that the casino's proceeds ("First Nations Fund") were to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under the *Indian Act*. At the individual level, all of the appellate groups have members who have, or are entitled to, registration as individual "Indians" pursuant to the *Indian Act*; however, as communities, the appellant groups are non-status since they are not registered as *Indian Act* "bands", and do not have reserve lands. At motions court, the appellants successfully sought a declaration that Ontario's refusal to include them in the casino project was unconstitutional and that they should

Au début des années 90, les Premières nations constituées en bandes ont fait des démarches auprès du gouvernement de l'Ontario pour obtenir le droit de régir les activités de jeu dans les réserves. Les profits tirés de ces activités devaient être utilisés pour favoriser le développement économique, culturel et social des bandes. Par conséquent, l'Ontario et les représentants des Premières nations de l'Ontario ont entamé des négociations en vue d'établir, en partenariat, le premier casino commercial dans une réserve indienne. En 1996, les parties appelantes ont été informées par la province que les recettes du casino (le «Fonds des Premières nations») seraient distribuées uniquement aux Premières nations de l'Ontario inscrites comme bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Sur le plan individuel, tous les groupes appelants comptent des membres qui sont inscrits à titre d'«Indiens» en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou qui ont le droit de l'être; toutefois, en tant que communautés, les groupes appelants n'ont aucun statut car ils ne sont pas inscrits en tant que «bandes» au sens de la *Loi sur les Indiens* et ils n'ont pas de terres de réserve. Devant

be allowed to participate in the distribution negotiations. The judge held that (1) the exclusion of the appellants from the First Nations Fund violated their equality rights under s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was not justified under s. 1; (2) s. 15(2) of the *Charter* could not be invoked as a defence to the s. 15(1) violation; and (3) Ontario's actions were *ultra vires* because of s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. The Court of Appeal set aside the decision, finding that the motions judge had misapprehended the facts and made errors in law. On the basis that the main object of the casino project was to ameliorate the social and economic conditions of bands, the court held that the casino project was authorized by s. 15(2) of the *Charter* and could not therefore constitute discrimination under s. 15(1). The Court of Appeal held also that the province did not act *ultra vires* the *Constitution Act, 1867* as the province simply exercised its spending power.

Held: The appeal should be dismissed.

This appeal should be decided on the basis of s. 15(1) of the *Charter*. Although the Court of Appeal's decision was based on the application of s. 15(2), it was rendered without the benefit of this Court's decision in *Law*. *Law* requires that the determination of a discrimination claim be grounded in three broad inquiries: (1) whether the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others; (2) whether this differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds; and (3) whether the impugned law, program or activity has a purpose or effect that is substantively discriminatory. Each of these inquiries proceeds on the basis of a comparative analysis which takes into consideration the surrounding context of the claim and the claimant.

Section 15(1) is to be interpreted in a purposive and contextual manner. The main focus of the inquiry is to establish whether a conflict exists between the purpose or effect of an impugned law and the purpose of s. 15(1), which is to protect against the violation of essential human dignity. The contextual analysis is a directed inquiry; it is focused through the application of contextual factors which have been identified as being

la cour des requêtes, les parties appelantes ont obtenu un jugement déclarant que le refus de l'Ontario de les considérer comme parties au projet de casino était inconstitutionnel et qu'elles devaient être autorisées à participer aux négociations relatives à la distribution des recettes. Le juge a estimé (1) que l'exclusion des parties appelantes du Fonds des Premières nations portait atteinte aux droits à l'égalité que leur garantit le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et n'était pas justifiée au regard de l'article premier; (2) que le par. 15(2) de la *Charte* ne pouvait pas être invoqué comme moyen de défense relativement à la violation du par. 15(1); (3) que les actes de l'Ontario étaient *ultra vires* au regard du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge des requêtes, estimant que celui-ci avait mal saisi les faits et avait commis des erreurs de droit. La cour a conclu que, puisque l'objectif principal du projet de casino était l'amélioration de la situation sociale et économique des bandes, le projet de casino était autorisé par le par. 15(2) et qu'il ne pouvait être source de discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a également estimé que la province n'avait pas outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi constitutionnelle de 1867* puisqu'elle avait simplement exercé son pouvoir de dépenser.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le présent pourvoi doit être décidé au moyen de l'application du par. 15(1) de la *Charte*. La décision de la Cour d'appel était fondée sur l'application du par. 15(2), mais elle a été rendue sans que la Cour d'appel n'ait l'avantage de disposer de l'arrêt *Law* de notre Cour. Suivant cet arrêt, il faut, pour statuer sur une allégation de discrimination, répondre à trois grandes questions: (1) Est-ce que la loi, le programme ou l'activité traite le demandeur différemment d'autres personnes? (2) Est-ce que cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou analogues? (3) Est-ce que la loi, le programme ou l'activité contesté a un objet ou un effet qui est source de discrimination réelle? Chacune de ces étapes prend la forme d'une analyse comparative qui prend en considération le contexte entourant l'allégation et le demandeur.

Il faut interpréter le par. 15(1) au moyen d'une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte. L'analyse vise principalement à déterminer s'il existe un conflit entre l'objet ou l'effet de la disposition législative contestée et l'objet du par. 15(1), qui est la protection des individus contre les atteintes à la dignité humaine essentielle. L'analyse contextuelle est balisée; elle s'attache à l'application de facteurs contextuels qui ont été consi-

particularly sensitive to the potential existence of substantive discrimination. Further, the determination of the appropriate comparator and the evaluation of the context must be examined from the reasonable perspective of the claimant. The question to be asked is whether, taking the perspective of a “reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim”, the law has the effect of demeaning a claimant’s human dignity. The s. 15(1) scrutiny, which applies to comprehensive benefit schemes as well as targeted ameliorative programs, is not limited to distinctions set out only in legislation. The activities relating to the First Nations Fund undertaken by the provincial government are open to *Charter* scrutiny as actions taken under the statutory authority of s. 15(1) of the *Ontario Casino Corporation Act, 1993*.

The s. 15(1) inquiry must proceed in this case on the basis of comparing band and non-band aboriginal communities. It is clear that the appellants have been subjected to differential treatment since the province confirmed that they were excluded from a share in the First Nations Fund and any related negotiation process. However, it is not necessary to decide whether the differential treatment was based on an enumerated or analogous ground in view of the finding at the third stage of the inquiry that even if these grounds are present there is no discrimination in the circumstances of this case.

Four contextual factors provide the basis for organizing the third stage of the discrimination analysis: (i) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability; (ii) the correspondence, or lack thereof, between the ground(s) on which the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others; (iii) the ameliorative purpose or effects of the impugned law, program or activity upon a more disadvantaged person or group in society; and (iv) the nature and scope of the interest affected by the impugned government activity. The relative disadvantage of the claimant, as assessed in relation to the comparator group, does not stand alone as constituting a fifth contextual factor. The broad and fully contextual s. 15(1) analysis transcends the superficiality of a simple balancing of relative disadvantage. The inappropriateness of a relative disadvantage approach is highlighted

dérés particulièrement susceptibles de révéler l’existence potentielle de discrimination réelle. En outre, la détermination de l’élément de comparaison approprié et l’évaluation du contexte doivent être réalisées à partir du point de vue raisonnable du demandeur. La question qu’il faut se poser est de savoir si, du point de vue d’une «personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents», la loi a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine du demandeur. L’examen fondé sur le par. 15(1), qui s’applique aux régimes d’avantages généralement accessibles de même qu’aux programmes améliorateurs ciblés, ne se limite pas aux seules distinctions établies par un texte de loi. Les activités du gouvernement provincial relatives au Fonds des Premières nations peuvent être examinées au regard de la *Charte* en tant qu’actes accomplis en vertu des pouvoirs conférés par la loi, c’est-à-dire par le par. 15(1) de la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l’Ontario*.

En l’espèce, l’analyse fondée sur le par. 15(1) doit être faite en comparant les communautés autochtones constituées en bandes et celles qui ne le sont pas. Les parties appelantes font manifestement l’objet d’un traitement différent depuis que la province a confirmé qu’elles étaient exclues de la participation aux recettes du Fonds des Premières nations et de toute négociation à cet égard. Il n’est toutefois pas nécessaire de déterminer si cette différence de traitement était fondée sur un motif énuméré ou analogue compte tenu de la conclusion, à la troisième étape de l’analyse, que, même si ces motifs sont présents, il n’y a pas de discrimination dans les circonstances de la présente affaire.

Quatre facteurs constituent les assises de la troisième étape de l’analyse relative à la discrimination: (i) la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d’une situation de vulnérabilité; (ii) la correspondance, ou l’absence de correspondance, entre les motifs sur lesquels l’allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur ou d’autres personnes; (iii) l’objet ou l’effet améliorateur de la loi, du programme ou de l’activité contesté eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; (iv) la nature et l’étendue du droit touché par l’activité gouvernementale contestée. Le désavantage relatif du demandeur, apprécié par rapport au groupe de comparaison, n’est pas considéré en soi comme un cinquième facteur contextuel. L’analyse — large et entièrement contextuelle — fondée sur le par. 15(1) transcende le caractère superficiel de la simple mise en balance des

by the unique circumstances of this case, where the disadvantages suffered both by the claimants and the comparator group must be acknowledged.

An analysis of the four contextual factors leads to the conclusion that the First Nations Fund does not conflict with the purpose of s. 15(1) and does not engage the remedial function of the equality right. While the appellants have established pre-existing disadvantage, stereotyping, and vulnerability, they have failed to establish that the First Nations Fund functioned by device of stereotype. Instead, the distinction corresponded to the actual situation of individuals it affects, and the exclusion did not undermine the ameliorative purpose of the targeted program. Second, while the appellants' needs correspond to the needs addressed by the casino program, for both the appellant and respondent aboriginal communities face these same social problems, the correspondence consideration requires more than establishing a common need. A consideration of the correspondence between the actual needs, capacities, and circumstances on the one hand, and the program on the other, indicates that the appellant aboriginal communities have very different relations with respect to land, government, and gaming from those anticipated by the casino program. Third, the focus of the ameliorative purpose analysis is not the fact that the appellant and respondent groups are equally disadvantaged, but that the program was targeted at ameliorating the conditions of a specific disadvantaged group rather than a disadvantage potentially experienced by any member of society. Although the targeted ameliorative program is alleged to be underinclusive, one must recognize that exclusion from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society. Here, the ameliorative purpose of the overall casino project and the related First Nations Fund has clearly been established. The First Nations Fund will provide bands with resources in order to ameliorate specifically social, health, cultural, education, and economic disadvantages, thereby increasing the fiscal autonomy of the bands and supporting the bands in achieving self-government and self-reliance. The First Nations Fund has a purpose that is consistent with s. 15(1) of the *Charter* and the exclusion of the appellants does not undermine this purpose since it is not associated with a misconception as to their actual needs, capacities and circumstances. Lastly, with respect to the nature of the interest affected, the targeted

désavantages relatifs. Le caractère inapproprié de la démarche fondée sur le désavantage relatif ressort des faits particuliers de la présente affaire, où il faut reconnaître les désavantages subis tant par les demandeurs que par le groupe de comparaison.

L'analyse des quatre facteurs contextuels mène à la conclusion que le Fonds des Premières nations n'est pas incompatible avec l'objet du par. 15(1) et ne fait pas entrer au jeu la fonction réparatrice du droit à l'égalité. Quoique les parties appelantes aient établi la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes et d'une situation de vulnérabilité, elles n'ont pas réussi à démontrer que l'application du Fonds des Premières nations fonctionnait par l'application de stéréotypes. Au contraire, la distinction correspondait à la situation véritable des individus qu'elle touche, et l'exclusion n'a pas compromis l'objet améliorateur du programme ciblé. Deuxièmement, bien que les besoins des parties appelantes correspondent aux besoins visés par l'établissement du casino, les communautés autochtones appelantes et les communautés autochtones intimées étant aux prises avec les mêmes problèmes sociaux, il faut prouver davantage que l'existence d'un besoin commun pour satisfaire au critère de la correspondance. L'examen de la correspondance entre les besoins, les capacités et la situation véritables d'une part, et le programme d'autre part, indique que les communautés autochtones appelantes ont, à l'égard du territoire, du gouvernement et du jeu, des rapports très différents de ceux envisagés par le programme. Troisièmement, l'aspect central de l'analyse relative à l'objet améliorateur n'est pas le fait que les groupes appelants et intimés sont également défavorisés, mais que le programme vise à améliorer la situation d'un groupe défavorisé précis plutôt qu'à remédier à un désavantage dont pourrait souffrir tout membre de la société. Quoique l'on reproche au programme améliorateur ciblé d'avoir un caractère trop limitatif, il faut reconnaître qu'il est peu probable que le fait d'exclure un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat ait pour effet d'associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance et d'intégration au sein de la société dans son ensemble. En l'espèce, l'objet améliorateur du projet de casino dans son ensemble et du Fonds des Premières nations a clairement été établi. Le Fonds fournira aux bandes des ressources en vue de remédier aux désavantages sur les plans sociaux, culturels et économiques ainsi qu'en matière de santé et d'éducation, accroissant ainsi leur autonomie financière et les aidant à réaliser l'autonomie gouvernementale et l'autosuffisance. Le Fonds des

arrangement and circumstances surrounding the First Nations Fund do not result in any lack of recognition of the appellants as self-governing communities. To the extent that there is any such effect in this respect, it is remote.

Therefore, the appellants have failed to demonstrate that, viewed from the perspective of the reasonable individual, in circumstances similar to those of the appellants, the exclusion from the First Nations Fund has the effect of demeaning the appellants' human dignity. This conclusion was reached despite a recognition that the appellant and respondent aboriginal communities have overlapping and largely shared histories of discrimination, poverty, and systemic disadvantage that cry out for improvement. The contextual analysis reveals an almost precise correspondence between the casino project and the needs and circumstances of the First Nations bands. The casino project was undertaken by Ontario in order to further develop a partnership or a "government-to-government" relationship with Ontario's First Nation band communities. It is a project that is aimed at supporting the journey of these aboriginal groups towards empowerment, dignity, and self-reliance. While it is not designed to meet similar needs in the appellant aboriginal communities, its failure to do so does not amount to discrimination under s. 15.

At this stage of the s. 15 jurisprudence, s. 15(2) of the *Charter* should be understood as confirmatory of s. 15(1). In that respect, claimants arguing equality claims in the future should first be directed to s. 15(1) since that subsection can embrace ameliorative programs of the kind that are contemplated by s. 15(2). By doing that one can ensure that the program is subject to the full scrutiny of the discrimination analysis, as well as the possibility of a s. 1 review. However, in view of emerging equality jurisprudence, the possibility is not foreclosed that s. 15(2) may be independently applicable to a case in the future.

Premières nations a un objet compatible avec le par. 15(1) de la *Charte*, et l'exclusion des parties appelantes ne compromet pas la réalisation de cet objet puisqu'elle n'est pas liée à une conception erronée de leurs besoins, capacités et situation véritables. Enfin, relativement à la nature du droit touché, les mesures ciblées et les circonstances entourant le Fonds des Premières nations n'ont pas pour effet d'empêcher les parties appelantes d'être reconnues comme des communautés titulaires de l'autonomie gouvernementale. Dans la mesure où un tel effet existe, il est ténu.

Par conséquent, les parties appelantes n'ont pas démontré que, considérée du point de vue de la personne raisonnable qui serait dans une situation analogue à la leur, leur exclusion du Fonds des Premières nations a pour effet de porter atteinte à leur dignité humaine. Cette conclusion a été tirée malgré la reconnaissance du fait que les communautés autochtones appelantes et intimées partagent, dans une large mesure, un vécu de discrimination, de pauvreté et de désavantage systémique qui appelle à l'amélioration de leur sort. L'analyse contextuelle révèle une correspondance presque parfaite entre le projet de casino d'une part, ainsi que les besoins et la situation des Premières nations constituées en bandes d'autre part. Le projet de casino a été entrepris par l'Ontario afin de développer un partenariat ou des rapports de «gouvernement à gouvernement» avec les Premières nations constituées en bandes. Il s'agit d'un projet visant à appuyer la marche de ces groupes autochtones vers la prise en charge de leur destinée, la dignité et l'autosuffisance. Quoique ce projet ne soit pas conçu pour répondre aux besoins similaires des communautés autochtones appelantes, ce fait n'équivaut pas à de la discrimination au sens de l'art. 15.

Dans l'état actuel de la jurisprudence relative à l'art. 15, le par. 15(2) de la *Charte* doit être considéré comme ayant pour effet de confirmer la portée du par. 15(1). À cet égard, les demandeurs qui présenteront dans le futur des demandes fondées sur le droit à l'égalité devraient d'abord invoquer le par. 15(1), puisque cette disposition vise les programmes améliorateurs du genre de ceux envisagés au par. 15(2). En agissant ainsi, ils s'assureront que le programme fera l'objet de l'examen approfondi effectué dans le cadre de l'analyse relative à la discrimination, en plus d'ouvrir la possibilité d'un examen fondé sur l'article premier. Toutefois, à la lumière de la jurisprudence récente en matière d'égalité, il demeure possible que le par. 15(2) puisse s'appliquer de façon indépendante dans une éventuelle affaire.

Finally, the province did not act *ultra vires* in partnering the casino initiative with *Indian Act* registered aboriginal communities. The exclusion of non-registered aboriginal communities did not act to define or impair the “Indianness” of the appellants since the province simply exercised its constitutional spending power in making the casino arrangements. There is nothing in the casino program affecting the core of the s. 91(24) federal jurisdiction. Consequently, this casino program cannot have the effect of violating the rights affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and does not approach the core of aboriginality.

Cases Cited

Applied: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; **referred to:** *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153, varied (2000), 47 O.R. (3d) 30, leave to appeal granted, [2000] O.J. No. 1063 (QL); *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; *R. v. Perry*, [1996] 2 C.N.L.R. 167, rev'd (1997), 148 D.L.R. (4th) 96, leave to appeal dismissed, [1997] 3 S.C.R. xii; *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387; *R. v. Willocks* (1995), 22 O.R. (3d) 552; *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Collins v. Canada*, [2000] 2 F.C. 3; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Manitoba)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92; *Silano v. The Queen in Right of British*

Enfin, la province n'a pas outrepassé ses pouvoirs en mettant de l'avant le projet de casino en partenariat avec les communautés autochtones inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*. L'exclusion des communautés autochtones non inscrites n'a pas eu pour effet de définir l'«indianité» des parties appelantes ou d'y porter atteinte, puisque la province n'a fait qu'exercer son pouvoir constitutionnel de dépenser en prenant les arrangements relatifs au casino. Aucun aspect du programme relatif au casino ne touche à l'essentiel de la compétence conférée au fédéral par le par. 91(24). En conséquence, ce programme ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux droits confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il ne touche pas à l'essentiel de l'autochtonité.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; **arrêts mentionnés:** *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153, modifié par (2000), 47 O.R. (3d) 30, autorisation d'appel accordée, [2000] O.J. No. 1063 (QL); *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; *R. c. Perry*, [1996] 2 C.N.L.R. 167, inf. par (1997), 148 D.L.R. (4th) 96, autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii; *Ontario Human Rights Commission c. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387; *R. c. Willocks* (1995), 22 O.R. (3d) 552; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Collins c. Canada*, [2000] 2 C.F. 3; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Manitoba)* (1987), 50 Man. R. (2d)

Columbia (1987), 42 D.L.R. (4th) 407; *Re MacVicar and Superintendent of Family & Children Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R.157; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010.

92; *Silano c. The Queen in Right of British Columbia* (1987), 42 D.L.R. (4th) 407; *Re MacVicar and Superintendent of Family & Children Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15.
Constitution Act, 1867, s. 91(24).
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 207 [rep. & sub. c. 52 (1st Supp.), s. 3; am. 1999, c. 5, s. 6].
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “band”, “Indian”, “reserve” [rep. & sub. c. 17 (4th Supp.), s. 1], 6 [rep. & sub. c. 32 (1st Supp.), s. 4; am. c. 43 (4th Supp.), s. 1], 17 [rep. & sub. c. 32 (1st Supp.), s. 7], 74(1).
Ontario Casino Corporation Act, 1993, S.O. 1993, c. 25, ss. 1, 15 [am. 1996, c. 26, s. 5].

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 207 [abr. & rempl. ch. 52 (1^{er} suppl.), art. 3; mod. 1999, ch. 5, art. 6].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi de 1993 sur la Société des casinos de l'Ontario, L.O. 1993, ch. 25, art. 1, 15 [mod. 1996, ch. 26, art. 5].
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «bande», «Indiens», «réserves» [abr. & rempl. ch. 17, (4^e suppl.), art. 1], 6 [abr. & rempl. ch. 32 (1^{er} suppl.), art. 4; mod. ch. 43 (4^e suppl.), art. 1], 17 [abr. & rempl. ch. 32 (1^{er} suppl.), art. 7], 74(1).

Authors Cited

Agocs, Carol, and Monica Boyd, “The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s”. In James Curtis, Edward Grabb and Neil Guppy, eds., *Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Prentice Hall Canada, 1993, 330.
 Canada. Royal Commission on Aboriginal Peoples. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vols. 1 (*Looking Forward, Looking Back*) and 3 (*Gathering Strength*). Ottawa: The Commission, 1996.
 Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. “Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)” (1997), 4 *Review of Constitutional Studies* 80.
 Iacobucci, Edward M. “Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution” (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 293.
 Ontario. Law Reform Commission. *Litigating the Relationship Between Equity and Equality*. Study paper prepared by Colleen Sheppard. Toronto: The Commission, 1993.
 Orton, Helena. “Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter since Andrews” (1990), 19 *Man. L.J.* 288.

Doctrine citée

Agocs, Carol, and Monica Boyd, «The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s». In James Curtis, Edward Grabb and Neil Guppy, eds., *Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Prentice Hall Canada, 1993, 330.
 Canada. Commission royale sur les peuples autochtones. *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1 (*Un passé, un avenir*) et 3 (*Vers un ressourcement*). Ottawa: La Commission, 1996.
 Drumbl, Mark A., and John D. R. Craig. «Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)» (1997), 4 *Revue d'études constitutionnelles* 80.
 Iacobucci, Edward M. «Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution» (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 293.
 Nations Unies. Comité des droits économiques, sociaux et culturels. *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels* (Canada), E/C.12/1/Add.31, 10 décembre 1998.
 Ontario. Commission de réforme du droit. *Litigating the Relationship Between Equity and Equality*. Document de travail préparé par Colleen Sheppard. Toronto: La Commission, 1993.

Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 242.

United Nations. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (Canada), E/C. 12/1/Add.31, 4 December 1998.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1997), 33 O.R. (3d) 735, 100 O.A.C. 344, 44 C.R.R. (2d) 285, 148 D.L.R. (4th) 126, [1998] 2 C.N.L.R. 36, [1997] O.J. No. 2313 (QL), allowing an appeal from a decision of the Ontario Court (General Division) (1996), 38 C.R.R. (2d) 297, [1997] 1 C.N.L.R. 66, [1996] O.J. No. 5063 (QL), [1996] O.J. No. 3176 (QL), declaring that the exclusion of the appellants from the First Nations Fund violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Appeal dismissed.

Christopher M. Reid, for the appellants Robert Lovelace et al.

Robert MacRae and *Michael S. O'Neill*, for the appellants Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association and the Ontario Métis Aboriginal Association.

Lori R. Sterling and *Sarah Kraicer*, for the respondent Her Majesty the Queen in right of Ontario.

Michael W. Sherry, for the respondent the Chiefs of Ontario.

Urszula Kaczmarczyk and *Michael H. Morris*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Isabelle Harnois and *Pierre-Christian Labeau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Kurt Sandstrom and *Marilyn Poitras*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

M. Philip Tunley and *Jane A. Langford*, for the intervener the Mnjikaning First Nation.

Marc J. A. LeClair and *Joseph E. Magnet*, for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples.

Orton, Helena. «Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter since Andrews» (1990), 19 *Man. L.J.* 288.

Tarnopolsky, Walter S. «The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 *R. du B. can.* 242.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1997), 33 O.R. (3d) 735, 100 O.A.C. 344, 44 C.R.R. (2d) 285, 148 D.L.R. (4th) 126, [1998] 2 C.N.L.R. 36, [1997] O.J. No. 2313 (QL), qui a accueilli l'appel d'une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1996), 38 C.R.R. (2d) 297, [1997] 1 C.N.L.R. 66, [1996] O.J. No. 5063 (QL), [1996] O.J. No. 3176 (QL), ayant déclaré que l'exclusion des parties appelantes du Fonds de Premières nations contrevenait au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pourvoi rejeté.

Christopher M. Reid, pour les appelants Robert Lovelace et autres.

Robert MacRae et *Michael S. O'Neill*, pour les appelantes Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association et l'Association des Métis autochtones de l'Ontario.

Lori R. Sterling et *Sarah Kraicer*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario.

Michael W. Sherry, pour l'intimé les Chefs de l'Ontario.

Urszula Kaczmarczyk et *Michael H. Morris*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Isabelle Harnois et *Pierre-Christian Labeau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Kurt Sandstrom et *Marilyn Poitras*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

M. Philip Tunley et *Jane A. Langford*, pour l'intervenante la Première nation de Mnjikaning.

Marc J. A. LeClair et *Joseph E. Magnet*, pour l'intervenant le Congrès des peuples autochtones.

Mary Eberts and Lucy McSweeney, for the intervener the Native Women's Association of Canada.

Written submissions only by *David Baker*, for the intervener the Council of Canadians with Disabilities.

Written submissions only by *Cynthia Petersen*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues.

Written submissions only by *Kathleen A. Lahey*, for the intervener the Métis National Council of Women.

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

In 1993, the Province of Ontario and representatives from Ontario's First Nations entered into a process of negotiations with the goal of partnering in the development of the province's first reserve-based commercial casino, which was to become Casino Rama. Profits from the casino were to be shared among Ontario's First Nations. Ultimately, the reserve site of the Chippewas of Mnjikaning First Nation (formerly known as Rama First Nation) was selected and a development and operations agreement was reached between Ontario, Carnival Hotels and Casinos Canada Ltd. (Ontario's operations agent), and Mnjikaning First Nation. Subsequently, Casino Rama opened its doors to the public in the summer of 1996. Meanwhile, the province and representatives of the Chiefs of Ontario had begun a process of negotiating the terms for distributing the casino's proceeds ("First Nations Fund") to the First Nations communities. In the spring of 1996, the province informed the appellant aboriginal communities that the First Nations Fund was to be distributed only to Ontario First Nations communities

Mary Eberts et Lucy McSweeney, pour l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada.

Argumentation écrite seulement par *David Baker*, pour l'intervenant le Conseil des Canadiens avec déficiences.

Argumentation écrite seulement par *Cynthia Petersen*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté.

Argumentation écrite seulement par *Kathleen A. Lahey*, pour l'intervenant le Métis National Council of Women.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

En 1993, la province d'Ontario et les représentants des Premières nations de l'Ontario ont entamé des négociations en vue d'établir, en partenariat, le premier casino commercial dans une réserve indienne, projet qui allait aboutir à la construction du Casino Rama. Les profits tirés du casino devaient être partagés entre les Premières nations de l'Ontario. En fin de compte, l'emplacement choisi a été la réserve des Chippewas de la Première nation de Mnjikaning (anciennement connue sous le nom de Première nation de Rama) et un accord d'établissement et d'exploitation a été conclu par l'Ontario, Carnival Hotels et Casinos Canada Ltd. (l'agent d'exploitation pour l'Ontario), et la Première nation de Mnjikaning. Le Casino Rama a par la suite ouvert ses portes au public durant l'été 1996. Entre-temps, la province et les représentants des Chefs de l'Ontario avaient amorcé la négociation des modalités de distribution des recettes du casino (le «Fonds des Premières nations») aux Premières nations. Au cours du printemps 1996, la province a informé les communautés autochtones appelantes que les recettes du Fonds des Premières nations seraient distribuées uniquement aux Premières nations de

registered as bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.

2 The following is a brief summary of what this appeal decides and what it does not decide.

3 In basic terms, this appeal requires a determination of the constitutionality of the exclusion of non-band aboriginal communities from sharing in the proceeds, and from negotiating the distribution terms for the First Nations Fund. Specifically, the question is whether the First Nations Fund's underinclusiveness violates the appellants' equality rights as guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. We must also determine whether the province's decision to exclude the appellants on the basis that they are not bands under the *Indian Act* was *ultra vires* its jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*.

4 At the outset, I wish to note that this appeal has raised collateral issues which are of great importance; among them are the constitutionality of the *Indian Act* and the scope of the federal jurisdiction with respect to Métis and non-registered First Nation peoples pursuant to s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Although the substantive equality analysis obliges the Court to consider the circumstances of these appellant aboriginal communities, including the social realities relating to their exclusion from, or non-participation in, the *Indian Act* regime, these important collateral issues are not properly raised in this appeal and, therefore, cannot be decided herein. Similarly, it is neither necessary nor appropriate for this Court to decide or comment upon the responsibilities of provincial governments with respect to these matters.

5 This appeal also raises the question of the proper interpretation of s. 15(2) of the *Charter*. Indeed, the decision of the Ontario Court of Appeal below was based on the application of s. 15(2). However, the Court of Appeal's interpretation of s. 15(2) was

l'Ontario inscrites comme bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

Voici un bref résumé de ce que décide le présent pourvoi et de ce qu'il ne décide pas.

Essentiellement, il faut, dans le présent pourvoi, statuer sur la constitutionnalité de l'exclusion des communautés autochtones non constituées en bandes de groupe des bénéficiaires des recettes du casino et des négociations relatives aux modalités de distribution de recettes du Fonds des Premières nations. Plus précisément, la question est de savoir si la restriction de l'accessibilité au Fonds des Premières nations viole les droits à l'égalité garantis aux parties appelantes par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Nous devons également juger si, en excluant les parties appelantes parce qu'elles ne sont pas des bandes au sens de la *Loi sur les Indiens*, la province a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Au départ, je désire souligner que le présent pourvoi a soulevé des questions connexes d'une grande importance, notamment la constitutionnalité de la *Loi sur les Indiens* ainsi que la portée de la compétence reconnue au gouvernement fédéral par le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à l'égard des Métis et des Premières nations non inscrites. Bien que l'analyse relative à l'égalité réelle oblige notre Cour à examiner la situation de ces communautés autochtones appelantes, notamment les réalités sociales liées à leur exclusion du régime établi par la *Loi sur les Indiens*, ou à leur non-participation à ce régime, ces importantes questions connexes n'ont pas été régulièrement soulevées dans le cadre du présent pourvoi et, par conséquent, ne peuvent pas être tranchées en l'espèce. De même, il est ni nécessaire ni approprié que notre Cour se prononce ou fasse des observations sur la responsabilité qui incombe aux gouvernements provinciaux à l'égard de ces questions.

Le présent pourvoi soulève également la question de l'interprétation qui doit être donnée au par. 15(2) de la *Charte*. En effet, la décision de la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce était fondée sur l'application de cette disposition. Toutefois,

decided without the benefit of this Court's decision in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, which synthesized a number of approaches in the equality jurisprudence of the Court and provided a set of guidelines for the analysis of a discrimination claim under the *Charter*. After a brief review of the *Law* analytical framework and a consideration of s. 15(2), I conclude that this appeal is properly decided on the basis of the existing s. 15(1) substantive equality framework.

With respect to s. 15(1), in my view the exclusion of the non-band aboriginal communities from the First Nations Fund does not violate s. 15 of the *Charter*. I reach this conclusion despite a recognition that, regrettably, the appellant and respondent aboriginal communities have overlapping and largely shared histories of discrimination, poverty, and systemic disadvantage that cry out for improvement.

In my opinion, a contextual analysis reveals an almost precise correspondence between the casino project and the needs and circumstances of the First Nations bands. The casino project was undertaken by the province of Ontario in order to further develop a partnership or a "government-to-government" relationship with Ontario's First Nations band communities. It is a project that is aimed at supporting the journey of these aboriginal groups towards empowerment, dignity, and self-reliance. It is not, however, designed to meet similar needs in the appellant aboriginal communities, but its failure to do so does not amount to discrimination under s. 15.

Finally, I conclude that the province did not act *ultra vires* in partnering the casino initiative with *Indian Act* registered aboriginal communities. The exclusion of non-registered aboriginal communities did not act to define or impair the "Indianness" of the appellants since the province simply exer-

lorsque la Cour d'appel a interprété le par. 15(2), elle n'avait pas eu l'avantage de disposer de l'arrêt de notre Cour *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, qui a fait la synthèse d'un certain nombre d'approches tirées de la jurisprudence de notre Cour en matière d'égalité et établi un ensemble de lignes directrices aux fins d'analyse des allégations de discrimination fondées sur la *Charte*. Après avoir brièvement passé en revue le cadre analytique établi dans *Law* et examiné le par. 15(2), j'estime qu'il convient de décider le présent pourvoi en appliquant le cadre d'analyse existant relatif à l'égalité réelle au regard du par. 15(1).

Pour ce qui est du par. 15(1), je suis d'avis que l'exclusion des communautés autochtones non constituées en bandes du Fonds des Premières nations ne contrevient pas à l'art. 15 de la *Charte*. Je tire cette conclusion tout en reconnaissant que, malheureusement, les communautés autochtones appelantes et intimées partagent, dans une large mesure, un vécu de discrimination, de pauvreté et de désavantage systémique qui appelle à l'amélioration de leur sort.

À mon avis, une analyse contextuelle révèle une correspondance presque parfaite entre le projet de casino d'une part, ainsi que les besoins et la situation des Premières nations constituées en bandes d'autre part. Le projet de casino a été entrepris par la province de l'Ontario afin de développer un partenariat ou des rapports de «gouvernement à gouvernement» avec les Premières nations constituées en bandes. Il s'agit d'un projet visant à appuyer la marche de ces groupes autochtones vers la prise en charge de leur destinée, la dignité et l'autosuffisance. Ce projet n'est toutefois pas conçu pour répondre aux besoins similaires des communautés autochtones appelantes; mais ce fait n'équivaut pas à de la discrimination au sens de l'art. 15.

Enfin, j'estime que la province n'a pas outrepassé ses pouvoirs en mettant de l'avant le projet de casino en partenariat avec les communautés autochtones inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens*. L'exclusion des communautés autochtones non inscrites n'a pas eu pour effet de définir

6

7

8

cised its constitutional spending power in making the casino arrangements.

II. Factual and Contextual Background

A. *Introduction*

9 There is no dispute as to the appellants' aboriginality or their self-identification as either Métis or First Nations. None of the appellants has claimed an aboriginal right to the First Nations Fund or access to the negotiation process pursuant to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The seven appellant groups are divided into two groups: (i) the Lovelace non-band First Nations appellants and (ii) the Be-Wab-Bon Métis appellants. The Lovelace appellants comprise five non-band First Nations communities: the Ardoch Algonquin First Nation and Allies ("Ardoch First Nation"), the Kawartha Nishnawbe First Nation ("Kawartha"), the Beaverhouse First Nation, the Poplar Point Ojibway First Nation ("Poplar Point"), and the Bonnechere Métis Association. The two Be-Wab-Bon Métis appellants are: the Ontario Métis Aboriginal Association ("OMAA"), and the Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association ("Be-Wab-Bon"). Essentially, this appellant sub-group identifies itself as rural Métis peoples even though their membership includes non-status or off-reserve First Nations members.

10 Although the two appellant groups are primarily distinguished as being either First Nations or Métis, each of the seven appellant groups has its own unique history, culture, political goals, and relations with government. Indeed, this is a case which immediately invokes a deep appreciation for the diversity of Canada's aboriginal population (see *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 67). Given this complexity, it is neither possible nor desirable to draw bright lines between or among any of the aboriginal communities involved in these proceedings, especially given the limits of

l'«indianité» des parties appelantes ou d'y porter atteinte, puisque la province n'a fait qu'exercer son pouvoir constitutionnel de dépenser en prenant les arrangements relatifs au casino.

II. Les faits et le contexte

A. *Introduction*

Ni l'autochtonité des parties appelantes ni leur auto-identification en tant que Métis ou Premières nations ne sont contestées. Les parties appelantes n'ont revendiqué aucun droit ancestral fondé sur le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'égard du Fonds des Premières nations ou de l'accès au processus de négociations. Les sept groupes appelants sont divisés en deux sous-groupes: (i) les Premières nations non constituées en bandes (les appelants Lovelace); (ii) les appelantes métisses Be-Wab-Bon. Les appelants Lovelace comprennent cinq communautés de Premières nations non constituées en bandes: la Première nation algonquine d'Ardoch et ses alliés (la «Première nation d'Ardoch»), la Première nation Kawartha Nishnawbe («Kawartha»), la Première nation de Beaverhouse, la Première nation ojibway de Poplar Point («Poplar Point») et l'Association des Métis de Bonnechere. Les deux appelantes métisses Be-Wab-Bon sont: l'Association des Métis autochtones de l'Ontario («l'AMAO») et la Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association («Be-Wab-Bon»). Essentiellement, ce sous-groupe appelant se considère comme étant formé de groupes métis ruraux même si certains membres sont des Indiens non inscrits ou vivant hors réserve.

Bien que les deux groupes appelants se distinguent principalement par le fait qu'il s'agit soit de Premières nations dans un cas et de Métis dans l'autre, chacun des sept sous-groupes appelants a une histoire, une culture, des objectifs politiques et des rapports avec le gouvernement qui lui sont propres. De fait, il s'agit d'une affaire qui commande une profonde appréciation de la diversité de la population autochtone du Canada (voir *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, au par. 67). Vu cette complexité, il n'est ni possible ni souhaitable de tracer des lignes de démarcation nettes entre les

the litigation record in the appeal. With those qualifications in mind, the following represents my attempt to describe the appellants and respondents for purposes of deciding the issues arising in this appeal.

B. *Appellants*

All of the appellants, except for the OMAA, identify as communities. Although Be-Wab-Bon and the Bonnechere Métis Association have formally incorporated as non-profit service organizations, they reported doing so in order to create an “organizational voice for [the] community” and to access project funding. The OMAA is a non-profit organization, incorporated in order to represent the interests of off-reserve aboriginal peoples in issues relating to land, resources, social services, housing, education, economic development, and efforts focused at achieving recognition of inherent aboriginal rights. While seeking a right to participate in the negotiations relating to the distribution of the First Nations Fund, the OMAA does not seek to share in the distributed revenue.

The Lovelace appellants may be described as communities with traditional First Nations forms of government. Respectively, they identify ancestral roots in the Mississauga (Kawartha), Algonquin (Bonnechere Métis Association and Ardoch First Nation), and Ojibway (Poplar Point and Beaverhouse) Nations. Their ancestral, community, political and social structures are family- or clan-based, where families have been linked together by shared use of lands and common social interests. They have established councils of heads of families and a chief or spokesperson is elected by the community. The Bonnechere Métis Association’s corporate structure has integrated a key feature of traditional Algonquin government with the formal institution of the Elder’s Circle as the organization’s most powerful decision-maker.

différentes communautés autochtones visées par la présente instance ou au sein de celles-ci, compte tenu particulièrement des limites du dossier d’appel. Gardant ces réserves à l’esprit, je vais tenter, dans les lignes qui suivent, de décrire les parties appelantes et les intimés en vue de trancher les questions en litige dans le présent pourvoi.

B. *Les parties appelantes*

Toutes les parties appelantes, sauf l’AMAO, se désignent comme étant des communautés. Même si Be-Wab-Bon et l’Association des Métis de Bonnechere se sont officiellement constituées en organismes de service à but non lucratif, elles ont dit l’avoir fait afin de doter [TRADUCTION] «la communauté d’une voix organisationnelle» et d’avoir accès à des sources de financement de projets. L’AMAO est un organisme à but non lucratif qui a été constitué afin de représenter les intérêts des Autochtones vivant hors réserve à l’égard de questions touchant le territoire, les ressources, les services sociaux, le logement, l’éducation, le développement économique et la reconnaissance des droits ancestraux inhérents. Bien qu’elle sollicite le droit de participer aux négociations relatives à la distribution des recettes du Fonds des Premières nations, l’AMAO ne demande pas une part de ces recettes.

Les appelants Lovelace peuvent être décrits comme des communautés dotées de formes traditionnelles de gouvernement autochtone. Elles tirent respectivement leurs racines ancestrales des Nations Mississauga (Kawartha), algonquienne (Association des Métis de Bonnechere et Première nation d’Ardoch) et ojibway (Poplar Point et Beaverhouse). Leurs structures ancestrales, communautaires, politiques et sociales sont fondées sur les notions de famille ou de clan, les familles étant liées par l’usage commun de terres et par des intérêts sociaux communs. Elles ont établi des conseils de chefs de famille, et un chef ou un représentant est élu par la communauté. La structure organisationnelle de l’Association des Métis de Bonnechere a intégré une caractéristique essentielle du gouvernement algonquin en instituant le Cercle des aînés et en faisant de celui-ci l’organe décisionnaire le plus important de l’organisme.

11

12

13

The two Be-Wab-Bon appellants did not advance a common definition of “Métis”, and, in this respect, I note that this issue remains politically and legally contentious (see *R. v. Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), varied (2000), 47 O.R. (3d) 30 (S.C.J.), leave to appeal granted April 3, 2000, [2000] O.J. No. 1063 (QL) (C.A.). Full membership in the Be-Wab-Bon Métis community requires that an individual establish an aboriginal ancestor within four generations. Alternatively, Michael McGuire, the president of the OMAA, put forward a definition of Métis which includes those individuals who: (i) identify as a Métis, (ii) are recognized and accepted by the community, and (iii) are of aboriginal descent.

14

With the exception of the Beaverhouse First Nation, the appellants have expressed a profound ambivalence, and sometimes open aversion, towards the *Indian Act* regime. Beaverhouse First Nation has been seeking registered band and reserve status for quite some time and became a party to this litigation given their uncertainty about whether they, as a non-band, would benefit from the First Nations Fund. The reasons for the appellants’ non-registration under the *Indian Act* are historically long-standing, community-specific, and complex (see *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 1, *Looking Forward, Looking Back* (1996), at pp. 303-14). At this point in history, the Métis and four of the non-band First Nations appellants have, each in their own way, initiated a number of political efforts directed at achieving provincial and federal government recognition as special non-registered aboriginal communities outside of the *Indian Act*’s statutory framework.

15

Even if the appellants were to seek band membership, there is very little assurance of success. An application may be made for band registration pursuant to s. 17 of the *Indian Act*, however, no bands have been registered since 1985 and the related federal policies and procedures are oner-

Les deux appelantes Be-Wab-Bon n’ont pas avancé de définition commune de «Métis» et, à cet égard, je souligne que cette question demeure politiquement et légalement litigieuse (voir *R. c. Powley*, [1999] 1 C.N.L.R. 153 (C. Ont. (Div. prov.)), modifié (2000), 47 O.R. (3d) 30 (C.S.J.), autorisation d’appel accordée le 3 avril 2000, [2000] O.J. No. 1063 (QL) (C.A.). Pour être reconnue membre à part entière de la communauté métisse Be-Wab-Bon, une personne doit établir l’existence d’un ancêtre autochtone remontant à au plus quatre générations. Subsidiairement, Michael McGuire, président de l’AMAO, a avancé que sont des Métis les personnes qui: (i) se disent Métis; (ii) sont reconnues et acceptées par la communauté; (iii) sont de descendance autochtone.

À l’exception de la Première nation de Beaverhouse, les parties appelantes ont exprimé une profonde ambivalence et, dans certains cas, une aversion patente envers le régime établi par la *Loi sur les Indiens*. La Première nation de Beaverhouse sollicite depuis longtemps la qualité de bande inscrite et de réserve, et elle est devenue partie au présent litige en raison du fait qu’elle ne savait pas avec certitude si, n’étant pas constituée en bande, elle profiterait du Fonds des Premières nations. Les raisons pour lesquelles les parties appelantes ne sont pas inscrites en vertu de la *Loi sur les Indiens* ont un caractère historique, varient selon la communauté concernée et sont complexes (voir le *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 1, *Un passé, un avenir* (1996), aux pp. 327 à 339). À ce stade-ci, les Métis et quatre des Premières nations appelantes non constituées en bandes ont, chacun à leur manière, entrepris des démarches politiques en vue de se faire reconnaître par les gouvernements provincial et fédéral comme communautés autochtones spéciales non inscrites et en dehors du cadre établi par la *Loi sur les Indiens*.

Même si les parties appelantes sollicitaient la qualité de bandes, il est loin d’être certain qu’elles l’obtiendraient. Une demande d’inscription comme bande peut être faite en vertu de l’art. 17 de la *Loi sur les Indiens*, mais aucune bande n’a été inscrite depuis 1985 et les politiques et procédures fédé-

ous. Specifically, an applicant First Nation community must be comprised entirely of registered Indians, and, since the federal government will not provide any “new” funding, the applicant community must persuade a recognized band to share its funding and land base. Counsel for the Lovelace appellants summarized this position as follows:

... even if the appellant communities could somehow qualify for band status, they would then be forced to abandon their traditional forms of government, which have played a vital role in their survival as distinct communities, and replace them with *Indian Act* band councils. It is the view of the appellants that the *Indian Act* system of local governance promotes corruption and divisions between community members, and fails to recognize the key role of Elders in community governance. The traditional forms of government, on the other hand, promote harmony, tolerance, respect and accountable, democratic local government. It is questionable whether the appellant communities could bring themselves to adopt the *Indian Act* system, even if it were an option for them.

In this case, it is particularly important to note the *Indian Act* distinction between individual and community registration, since the province excluded the appellants on the basis of community or “band” status. At the individual level, all of the appellant groups have members who have, or are entitled to, registration as individual “Indians” pursuant to the *Indian Act*. An aboriginal person would be considered non-status if that individual either chose not to register or could not register in compliance with the statutory requirements set out in s. 6 of the *Indian Act*. As communities, the appellant groups are non-status since they are not registered as *Indian Act* “bands”, and do not have reserve lands. Section 2 of the *Indian Act* defines “band” as a body of Indians “for whose use and benefit in common” reserved lands or moneys have been set apart by the Crown. Generally, there is a direct relationship between individual registration as an “Indian” and band membership, and most bands are almost exclusively made up of

rales à cet égard sont lourdes. De façon plus particulière, la Première nation qui présente une telle demande doit être formée uniquement d’Indiens inscrits et, compte tenu du fait que le gouvernement fédéral n’accorde pas de fonds «nouveaux», la communauté demanderesse doit convaincre une bande reconnue de partager son financement et son assise territoriale. L’avocat des appellants Lovelace a résumé ainsi cette position:

[TRADUCTION] ... même si les communautés appelantes pouvaient, d’une manière ou d’une autre, être admissibles à la qualité de bande, elles seraient alors forcées de renoncer à leurs formes traditionnelles de gouvernement, qui ont joué un rôle crucial dans leur survie en tant que communautés distinctes, et de leur substituer les conseils de bande de la *Loi sur les Indiens*. Les communautés appelantes sont d’avis que le système de gouvernement local prévu par la *Loi sur les Indiens* favorise la corruption et la division au sein des membres de la communauté et ne tient pas compte du rôle des Aînés dans l’administration de la communauté. À l’opposé, les formes traditionnelles de gouvernement favorisent l’harmonie, la tolérance, le respect ainsi qu’un gouvernement local responsable et démocratique. Il n’est pas certain que les communautés appelantes se résoudraient à adhérer au régime de la *Loi sur les Indiens*, même si elles avaient la faculté de le faire.

En l’espèce, il est particulièrement important de souligner la distinction établie par la *Loi sur les Indiens* entre l’inscription des individus et l’inscription des communautés, puisque la province a exclu les parties appelantes sur le fondement de la qualité de communauté ou de «bande». Sur le plan individuel, tous les groupes appelants comptent des membres qui sont inscrits à titre d’«Indiens» en vertu de la *Loi sur les Indiens* ou qui ont le droit de l’être. Une personne autochtone est considérée comme n’ayant pas la qualité d’Indien si elle a choisi de ne pas s’inscrire ou si elle ne peut le faire conformément aux exigences énoncées à l’art. 6 de la *Loi sur les Indiens*. En tant que communautés, les groupes appelants n’ont aucun statut car ils ne sont pas inscrits en tant que «bandes» au sens de la *Loi sur les Indiens* et ils n’ont pas de terres de réserve. Aux termes de l’art. 2 de la *Loi sur les Indiens*, une «bande» est un groupe d’Indiens «à l’usage et au profit communs desquels» des terres ou des sommes d’argent ont été mises de côté par

Indian Act registered Indians. However, as is the case with these appellants groups, it is possible that individually registered Indians, or groups thereof, have not become members of bands.

17 The relationship of the six appellant communities to the land is unique and culturally-specific. As an isolated, remote, village-based and wholly aboriginal community, Beaverhouse First Nation most closely resembles typical conceptions about what constitutes a reserve-based aboriginal community. In contrast, the communities of the other five appellants are much less village- or centre-specific, with community members dispersed throughout respective rural regions identified as their traditional homelands. Some of the appellants emphasized that the dispersed nature of their community base reflects their adherence to traditional ways, even though the lack of a federally registered land base means "a constant struggle to maintain a connected, united community".

C. Respondents

18 The respondent Chiefs of Ontario is an incorporated non-profit organization which coordinates and represents the interests of 133 Ontario First Nations registered as bands under the *Indian Act*. The Ontario Regional Chief leads the organization and sits as an *ex officio* member of the executive of the Assembly of First Nations, a major national status Indian organization. The Chiefs of Ontario also represents a small number of aboriginal communities without band or reserve registration. Twelve of these are communities registered as bands, however they are in the process of obtaining a reserve, and seven other communities are attempting to secure a reserve base along with band registration.

Sa Majesté. De façon générale, il y a une relation directe entre l'inscription individuelle à titre d'«Indien» et l'appartenance à une bande, et la plupart des bandes sont formées presque exclusivement d'Indiens inscrits en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, comme c'est le cas pour les groupes appelants, il est possible que des Indiens ou groupes d'Indiens inscrits ne soient pas devenus membres de bandes.

La relation des six communautés appelantes avec le territoire est unique et culturellement spécifique. En tant que communauté entièrement autochtone isolée, éloignée et vivant dans un village, la Première nation de Beaverhouse est celle qui correspond le plus à la conception typique d'une communauté autochtone habitant une réserve. Par comparaison, les communautés formant chacune des cinq autres parties appelantes sont beaucoup moins identifiables à un village ou à un centre, leurs membres étant dispersés dans diverses régions rurales respectives désignées comme leurs territoires traditionnels. Certaines parties appelantes ont souligné que la dispersion des membres de leur communauté reflétait leur adhésion aux modes de vie traditionnels, quoique l'absence d'une assise territoriale inscrite sous le régime fédéral se traduise par [TRADUCTION] «une lutte constante pour maintenir une communauté liée et unie».

C. Les intimés

La partie intimée les Chefs de l'Ontario est un organisme sans but lucratif constitué, qui coordonne et représente les intérêts de 133 Premières nations de l'Ontario inscrites comme bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Le Chef régional de l'Ontario dirige l'organisme et est membre d'office de la direction de l'Assemblée des Premières Nations, importante organisation nationale d'Indiens inscrits. Les Chefs de l'Ontario représentent également un petit nombre de communautés autochtones non inscrites comme bandes ou n'ayant pas de réserve. Douze de ces communautés sont inscrites comme bandes, et en voie d'obtenir une réserve, alors que sept autres communautés tentent d'obtenir un territoire servant de réserve en même temps que leur inscription comme bande.

Most bands hold reserve lands, and the *Indian Act* provides a federally based legal regime for the identification, management, and accountability of First Nations bands. The *Indian Act* provides for the establishment and maintenance of membership lists, and the management of moneys and reserve lands for the use and benefit of Indians and bands. Each band has a representative political structure, where the chiefs and councils are chosen following the band's custom, or, if an order in council has been made under s. 74(1) of the *Indian Act*, by the procedures set out in the Act (see *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 26).

As noted above, the bulk of the Chiefs of Ontario membership is made up of bands with reserves, however, generally only half of band members live on the reserve. Nonetheless, it is clear that off-reserve band members maintain cultural and political interests in, and connections to, their band and reserve such that one can view bands as characteristically land- or reserve-based with communities that extend beyond the boundaries of the reserve (see *Corbiere, supra*, at paras. 80-81).

With these brief descriptions of the parties, I now wish to deal briefly with the matter of gaming relations involving aboriginals and the province of Ontario.

D. *Gaming and the Relationship of the Province to Ontario's First Nations Bands*

For Ontario's First Nations bands, a nexus has emerged between gaming and self-government efforts, and has involved the development of corresponding relations with the province. The province's jurisdiction for gaming activities arises by virtue of s. 207 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which permits gambling activities which are provincially licensed, managed, and strictly regulated. In turn, most provincial licens-

La plupart des bandes détiennent des terres de réserve, et la *Loi sur les Indiens* établit un régime juridique fédéral d'identification, de gestion et de responsabilisation des Premières Nations constituées en bandes. La *Loi sur les Indiens* pourvoit à l'établissement et au maintien de listes de membres ainsi qu'à la gestion de fonds et de terres de réserve à l'usage et au profit des Indiens et des bandes. Chaque bande possède une infrastructure politique représentative au sein de laquelle le chef et le conseil sont choisis selon la coutume de la bande ou, dans les cas où un décret a été pris en vertu du par. 74(1) de la *Loi sur les Indiens*, selon la procédure établie dans la Loi (voir *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, au par. 26).

Comme il a été mentionné précédemment, les Chefs de l'Ontario représentent principalement des bandes ayant une réserve. De façon générale, toutefois, seulement la moitié des membres des bandes vivent dans les réserves. Il est néanmoins évident que les membres vivant hors des réserves conservent à l'égard de leur bande et de leur réserve, des intérêts et des liens culturels et politiques tels qu'une bande peut de façon générale être considérée comme une entité dotée d'une assise foncière — réserve ou territoire — et d'une communauté débordant les limites de la réserve (voir *Corbiere, précité*, aux par. 80 et 81).

Après avoir brièvement décrit les parties, je désire maintenant examiner rapidement la question des relations entre les Autochtones et la province d'Ontario en matière de jeu.

D. *Le jeu et les rapports de la province avec les Premières nations de l'Ontario constituées en bandes*

Pour les Premières nations de l'Ontario constituées en bandes, il s'est créé entre le jeu et la recherche de l'autonomie gouvernementale un lien qui a amené l'établissement de relations correspondantes avec la province. La compétence de la province en matière de jeu découle de l'art. 207 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui permet la tenue d'activités de jeu autorisées par permis, gérées et rigoureusement réglementées par la pro-

19

20

21

22

ing authority for charitable gaming was delegated to municipalities by order in council. Before the early 1990s, most Ontario gaming was limited to licensed charitable gaming. Many bands were involved in this form of gaming; however, since reserves are not subject to municipal jurisdiction these communities received their licenses directly from the province.

23 In 1992, the province announced its intention to go beyond charitable gaming activities and enter the field of commercial casino gaming. Windsor, Ontario, was chosen as a pilot project in 1992, and the province created the Ontario Casino Corporation in order to manage casino gaming in accordance with the newly enacted *Ontario Casino Corporation Act, 1993*, S.O. 1993, c. 25.

24 First Nations bands had identified gaming initiatives as a vehicle for providing an economic base for self-government activities. Consequently, between 1991 and 1993, First Nations bands approached the provincial government for the right to control reserve-based gaming activities, asserting an inherent aboriginal right to operate gaming activities without having to acquire a provincial licence. The profits from these activities were to be used to strengthen band economic, cultural, and social development. In particular, the Shawanaga First Nation strongly asserted that an aboriginal right to self-government included the right to self-regulate gaming activities (see *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821).

25 All of this was occurring during the Charlottetown Accord constitutional debates. However, the failure of the Accord meant the demise of a number of provisions supporting aboriginal self-government which had been a part of the Accord package. Consequently, Ontario's First Nations bands sought alternative routes to self-government. One such effort took shape with the negotiation

vince. À son tour, la province a délégué par décret aux municipalités une grande partie de son pouvoir de délivrer des permis d'exploitation d'activités de jeu à des fins charitables. Avant le début des années 90, la plupart des activités de jeu en Ontario se limitaient à celles autorisées par permis à des fins charitables. De nombreuses bandes exerçaient de telles d'activités, mais comme les réserves ne sont pas assujetties aux pouvoirs des municipalités, ces communautés recevaient leur permis directement de la province.

En 1992, la province a annoncé son intention de ne plus se limiter à l'exploitation d'activités de jeu à des fins charitables et de se lancer dans le secteur des casinos commerciaux. La ville de Windsor en Ontario a été choisie comme lieu d'un projet-pilote en 1992, et la province a créé la Société des casinos de l'Ontario, qu'elle a chargé de régir le jeu dans les casinos conformément à la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l'Ontario*, L.O. 1993, ch. 25, qui venait d'être édictée.

Les Premières nations constituées en bandes avaient considéré les initiatives en matières de jeu comme un moyen de financer les activités d'un gouvernement autonome. Par conséquent, de 1991 à 1993, les bandes ont fait des démarches auprès du gouvernement provincial pour obtenir le droit de régir les activités de jeu dans les réserves, invoquant l'existence d'un droit ancestral inhérent d'exploiter de telles activités sans être tenues d'obtenir un permis de la province. Les profits tirés de ces activités devaient être utilisés pour favoriser le développement économique, culturel et social des bandes. La Première nation de Shawanaga, en particulier, a vigoureusement affirmé que le droit ancestral à l'autonomie gouvernementale comportait le droit d'auto-réglementer les activités de jeu (voir *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821).

Ces événements se sont tous produits au cours des débats constitutionnels concernant l'Accord de Charlottetown. Le rejet de l'accord a toutefois sonné le glas de bon nombre de dispositions appuyant l'autonomie gouvernementale autochtone qui faisaient partie intégrante de cet accord. En conséquence, les bandes de l'Ontario ont cherché d'autres moyens de réaliser l'autonomie gouverne-

and signing of the Statement of Political Relationship (“SPR”), signed in August 1991 by Ontario, and the Chiefs of Ontario. This agreement provided the basis of establishing “government-to-government” relations between the province and bands, and committed these parties to negotiate the exercise and the implementation of First Nations jurisdiction and self-reliance.

In 1991 and 1992, preliminary meetings were held with different First Nations bands to discuss the various ways in which gaming and other economic development issues could be addressed. In this process, Ontario was motivated to consider a reserve-based commercial casino in order to further its commitment to the SPR, as well as to establish more accountable gaming practices on the reserves. Meetings continued between Ontario and the bands and, in 1993, this process resulted in the mutually agreed upon site selection criteria and the striking of an independent First Nations panel to review site proposals.

In 1994, the membership of the site selection panel was finalized and submissions were invited. By December 1994, the panel announced the selection of the Chippewas of Rama (Mnjikaning) site, and on May 1, 1995, the Ontario Casino Corporation and the Mnjikaning First Nation issued a request for proposals for the operation and construction of the casino. On October 11, 1995, Carnival Hotels and Casinos (“Carnival”) was announced as the company that would act as the province’s agent in developing and operating the casino. A development and operating agreement was signed between Mnjikaning, the province, and Carnival on March 18, 1996. Also, in March 1996, the Ontario Native Affairs Secretariat (“ONAS”) began negotiations for the administration of the First Nations Fund with the bands. To that end, the respondent Chiefs of Ontario selected a committee in order to represent the bands at the negotiating

mentale. L’un de ces moyens a pris forme lors de la négociation et de la signature, en août 1991 par l’Ontario et les Chefs de l’Ontario, du *Statement of Political Relationship* («SPR»). Cette entente pourvoyait à l’établissement de relations de [TRA-DUCTION] «gouvernement à gouvernement» entre la province et les bandes, et elle prévoyait l’engagement de ces parties à négocier la mise en œuvre de l’autonomie des Premières nations et l’exercice de leurs compétences.

En 1991 et 1992, des rencontres préliminaires ont eu lieu entre la province et différentes bandes afin d’envisager les diverses façons d’aborder la question du jeu et d’autres questions relatives au développement économique. Dans le cadre de ce processus, l’Ontario désirait, d’une part, examiner la possibilité d’établir un casino commercial dans une réserve pour donner suite à l’engagement qu’il avait pris dans le SPR, et d’autre part, établir des règles encadrant rigoureusement les activités de jeu dans les réserves. L’Ontario et les bandes ont continué de se rencontrer et, en 1993, ils ont convenu des critères de sélection de l’emplacement du casino et de créer un comité de Premières nations indépendant chargé d’examiner les propositions relatives à l’emplacement.

En 1994, la composition du comité de sélection de l’emplacement a été fixée et on a sollicité le dépôt de soumissions. En décembre 1994, le comité a annoncé la sélection de l’emplacement des Chippewas de Rama (Mnjikaning) et, le 1^{er} mai 1995, la Société des casinos de l’Ontario et la Première nation de Mnjikaning ont lancé une demande de propositions pour la construction et l’exploitation du casino. Le 11 octobre 1995, Carnival Hotels and Casinos «Carnival» a été choisie en tant que mandataire de la province relativement à l’établissement et à l’exploitation du casino. Un accord d’établissement et d’exploitation a été signé par Mnjikaning, la province et Carnival le 18 mars 1996. De plus, en mars 1996, le Secrétariat des affaires autochtones de l’Ontario (le «SAAO») a entrepris des négociations avec les bandes relativement à l’administration du Fonds des Premières nations. À cette fin, les Chefs de l’Ontario intimés

26

27

table. On June 29, 1996, the official opening of the casino was announced for July 31, 1996.

E. Gaming and the Province's Relationship with Métis and Non-Band First Nations

28

At various times, the Métis appellants have also undertaken self-government and constitutional discussions with the federal and provincial governments. Following the enactment of the *Constitution Act, 1982*, there was discussion of Métis enumeration and registration at the First Ministers' constitutional conferences held between 1984 and 1987. Later on, the OMAA participated with the Métis National Council in the Charlottetown constitutional negotiations. On October 7, 1992, an agreement, the "Métis Nation Accord", was reached among the Métis National Council, the federal government, and the provinces of Ontario, Manitoba, Saskatchewan, Alberta, and British Columbia. This agreement was attached to the Charlottetown Accord, and failed along with the Accord as the Métis Nation Accord was subject to the same process of ratification. The Métis Nation Accord would have committed the governments to negotiate: self-government agreements; lands and resources; the transfer of the portion of aboriginal programs and services available to Métis; as well as cost sharing agreements relating to Métis institutions, programs, and services.

29

During the same period, the province of Ontario, the federal government and the OMAA became parties to an agreement in 1991, which was designed to promote self-reliance and economic development for Ontario Métis. That agreement, encompassing funding for a number of projects, lasted for three years and was not renewed. Subsequently, in March 1995, the province of Ontario adopted a number of guidelines for its relationship with Ontario's Métis organizations. These guidelines set out the following bases for provincial/Métis relations: non-interference with

ont créé un comité chargé de représenter les bandes à la table de négociations. Le 29 juin 1996, l'ouverture officielle du casino a été annoncée pour le 31 juillet 1996.

E. Le jeu et les rapports de la province avec les Métis et les Premières nations non constituées en bandes

À divers moments, les Métis appelants ont eux aussi eu des discussions touchant la Constitution et l'autonomie gouvernementale avec les gouvernements fédéral et provinciaux. Après l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la question du recensement et de l'inscription des Métis a été discutée à l'occasion des conférences constitutionnelles des Premiers ministres qui ont eu lieu de 1984 à 1987. Par la suite, l'AMAO a participé avec le Ralliement national des Métis aux négociations constitutionnelles de Charlottetown. Le 7 octobre 1992, une entente intitulée l'«Accord relatif à la nation métisse» est intervenue entre le Ralliement national des Métis, le gouvernement fédéral et les provinces d'Ontario, du Manitoba, de la Saskatchewan, d'Alberta et de la Colombie-Britannique. Joint à l'Accord de Charlottetown, l'Accord relatif à la nation métisse a lui aussi été rejeté puisqu'il faisait l'objet du même processus de ratification. Aux termes de l'Accord relatif à la nation métisse, les gouvernements s'étaient engagés à négocier les points suivants: des ententes relatives à l'autonomie gouvernementale; la question des terres et des ressources; le transfert de la partie des programmes et des services aux Autochtones destinés aux Métis; des mécanismes de partage des coûts des institutions, des programmes et des services métis.

Durant la même période, la province d'Ontario, le gouvernement fédéral et l'AMAO sont devenus parties, en 1991, à une entente visant à favoriser l'autonomie et le développement économique des Métis de l'Ontario. Cette entente, qui pourvoyait notamment au financement de nombreux projets, a duré trois ans et n'a pas été renouvelée. Par la suite, en mars 1995, la province d'Ontario a adopté un certain nombre de lignes directrices concernant ses relations avec les organisations métisses de l'Ontario. Ces lignes directrices énonçaient les principes suivants, devant régir les relations entre

Métis organizations and their political processes; allowing Métis people to organize themselves for various purposes as they saw fit; and that government scrutiny and accountability requirements would be limited to specific programs or projects.

In 1992, the OMAA developed a Métis Gaming Commission with members elected from the OMAA member communities. This initiative was intended to dovetail with the economic development agreement, and was designed to promote gaming activities as a source of revenue for self-reliance initiatives. To that end, a representative of the OMAA met with the Director of the ONAS in February, 1994, in order to advance their gaming agenda. Up to this point, as was the case with First Nations bands, the gaming activities of non-band aboriginal communities were limited to licensed charitable gaming. However, having been made aware of the development of the First Nations reserve casino project, the OMAA specifically requested its own commercial casino licence. In response, the ONAS advised the OMAA that, since commercial gaming was only in a pilot phase, the province was not in a position to negotiate further casino projects. However, the province indicated that it was open to other gaming negotiations with non-status aboriginals and Métis.

The Lovelace appellant communities have also undertaken self-government initiatives, each in its own way and in different circumstances. For example, independent of each other, Kawartha and the Bonnechere Métis Association submitted proposals to the provincial and federal governments for the negotiation of recognition as non-*Indian Act* First Nations. Sometimes these recognition efforts have arisen in connection to emerging issues affecting the community or its land base (e.g., the development of a dam, cottage construc-

la province et les Métis: non-ingérence dans les organisations métisses et leurs mécanismes politiques; possibilité pour les Métis de s'organiser pour les fins qu'ils jugent valables; limitation des exigences du gouvernement en matière d'examen et d'imputabilité à des programmes ou projets précis.

En 1992, l'AMAO a créé la «*Métis Gaming Commission*» («Commission métisse du jeu») composée de membres élus provenant des communautés faisant partie de l'AMAO. Cette mesure, censée s'harmoniser à l'entente de développement économique, visait à encourager la tenue d'activités de jeu comme sources de financement pour les initiatives liées à la réalisation de l'autosuffisance. À cette fin, un représentant de l'AMAO a rencontré le directeur du SAAO en février 1994 afin de faire progresser les projets de l'AMAO en matière de jeu. Jusque-là, tout comme c'était le cas pour les Premières nations constituées en bandes, les activités de jeu des communautés autochtones non constituées en bandes se limitaient aux activités de cette nature exercées à des fins charitables et autorisées par permis. Toutefois, ayant appris l'élaboration du projet de casino dans la réserve d'une Première nation, l'AMAO a expressément demandé son propre permis d'exploitation d'un casino commercial. Le SAAO a répondu à l'AMAO que, comme les activités de jeu commerciales n'en étaient qu'à l'étape du projet-pilote, la province n'était pas en mesure de négocier d'autres projets de casino. Toutefois, la province a indiqué être ouverte à d'autres négociations touchant le jeu avec les Autochtones non inscrits et les Métis.

Les communautés appelantes Lovelace ont également pris des initiatives en matière d'autonomie gouvernementale, chacune à sa manière et dans des circonstances différentes. Par exemple, indépendamment l'une de l'autre, Kawartha et l'Association des Métis de Bonnechere ont proposé aux gouvernements provincial et fédéral de négocier leur reconnaissance en tant que Premières nations non soumises au régime de la *Loi sur les Indiens*. Ces initiatives ont parfois coïncidé avec un événement particulier touchant la communauté ou son

tion, or a resource industry expansion in traditional territories). There was, however, no evidence that these communities had coordinated a gaming program, either individually or collectively, in order to support self-reliance initiatives.

32

In March 1996, counsel for the Lovelace appellants contacted provincial representatives, requesting participation in the negotiations surrounding, and a share in, the First Nations Fund. They asserted that, as they considered themselves to be “First Nations” communities, and since the request for proposals had identified “First Nations” as the beneficiaries of the First Nations Fund, they were legitimate participants in the project. On May 2, 1996, Ontario advised these groups that it considered the term “First Nation” to be synonymous with “band” as defined under the *Indian Act*, and that the First Nations Fund was never intended for non-band aboriginal communities. On May 10, 1996, the Lovelace appellants commenced a proceeding seeking a declaration that Ontario’s refusal to include them in the Casino Rama project was unconstitutional and that they should be allowed to participate in the distribution negotiations. On June 27, 1996, the Be-Wab-Bon appellants sought substantially similar relief and the two actions were joined on June 28, 1996.

III. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

33

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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.

assise territoriale (par exemple l’établissement d’un barrage, la construction de résidences secondaires ou l’expansion d’une industrie de ressources dans des territoires traditionnels). Cependant, il n’y avait aucune preuve que ces communautés avaient mis en place, individuellement ou collectivement, un programme d’activités de jeu en vue d’appuyer des mesures liées à la réalisation de l’autosuffisance.

En mars 1996, l’avocat des appelants Lovelace a communiqué avec les représentants provinciaux et demandé que ses clients puissent participer aux négociations relatives au Fonds des Premières nations et reçoivent une partie des recettes du Fonds. Ces appelants ont affirmé que, comme ils estiment être des communautés de «Premières nations» et que la demande de propositions avait indiqué que les «Premières nations» étaient les bénéficiaires du Fonds des Premières nations, ils étaient des participants légitimes au projet. Le 2 mai 1996, l’Ontario a informé ces groupes qu’il considérait l’expression «Première nation» comme synonyme de «bande» au sens de la *Loi sur les Indiens* et que le Fonds des Premières nations n’avait jamais été destiné aux communautés autochtones non constituées en bandes. Le 10 mai 1996, les appelants Lovelace ont demandé un jugement déclaratoire portant que le refus de l’Ontario de les considérer comme parties au projet de Casino Rama était inconstitutionnel et qu’ils devaient être autorisés à participer aux négociations relatives à la distribution des recettes. Le 27 juin 1996, les appelantes Be-Wab-Bon ont demandé essentiellement la même réparation et les deux actions ont été jointes le 28 juin 1996.

III. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5

2. (1) In this Act,

“band” means a body of Indians

(a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951,

(b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or

(c) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act;

. . .

“Indian” means a person who pursuant to this Act is registered as an Indian or is entitled to be registered as an Indian;

. . .

“reserve”

(a) means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band, and

(b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 and 60 and the regulations made under any of those provisions, includes designated lands;

Ontario Casino Corporations Act, 1993, S.O. 1993, c. 25

1. The purposes of this Act are,

(a) to enhance the economic development of certain regions of the province;

(b) to generate revenues for the province; and

(c) to ensure that any measures taken in accordance with these principles are undertaken for the public good and in the best interests of the public.

. . .

(2) Le paragraphe (1) n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5

2. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

. . .

«bande» Groupe d’Indiens, selon le cas:

a) à l’usage et au profit communs desquels des terres appartenant à Sa Majesté ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951;

b) à l’usage et au profit communs desquels, Sa Majesté détient des sommes d’argent;

c) que le gouverneur en conseil a déclaré être une bande pour l’application de la présente loi.

. . .

«Indien» Personne qui, conformément à la présente loi, est inscrite à titre d’Indien ou a droit de l’être.

. . .

«réserve» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l’application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime.

Loi de 1993 sur la Société des casinos de l’Ontario, L.O. 1993, ch. 25

1 Les objets de la présente loi sont les suivants:

a) accroître le développement économique de certaines régions de la province;

b) générer des recettes pour la province;

c) faire en sorte que les mesures prises conformément à ces principes le soient pour le bien public et dans son intérêt véritable.

. . .

15. — (1) The Corporation shall make payments out of the revenue that it receives from its activities under this Act in accordance with the following priorities:

1. Payment of winnings to players.
 2. Payments that the regulations made under this Act require the Corporation to make to the Consolidated Revenue Fund.
 3. Payment of the operating expenses of the Corporation.
- . . .
5. Payment required to be made under any agreement entered into by the Corporation with the consent of the Minister of Finance for the distribution of money received from Casino Rama.

IV. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1996), 38 C.R.R. (2d) 297

34

In an oral decision supplemented by written reasons, Cosgrove J. held that the exclusion of the appellants from the First Nations Fund violated s. 15(1) of the *Charter*, and was not justified under s. 1. He also found that s. 15(2) could not be invoked as a defence to the s. 15(1) violation. Furthermore, he declared that the province had acted *ultra vires* s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. Consequently, Cosgrove J. ordered that the six appellant communities had a right to participate fully in the revenues and negotiations relating to the First Nations Fund. In addition, he ordered that the OMAA, which was not seeking a right to share in the First Nations Fund, was entitled to participate in negotiating the terms for distributing the First Nations Fund.

35

Cosgrove J. found that the appellants were disadvantaged in relation to status aboriginal communities, and further, that the exclusion of non-status aboriginals was *prima facie* discriminatory on the basis of a racial or ethnic distinction. He emphasized that this particular exclusion was reflective

15 (1) La Société effectue des paiements sur les recettes qu'elle tire des activités qu'elle exerce aux termes de la présente loi selon les priorités suivantes:

1. Le paiement des prix en argent aux joueurs.
 2. Les paiements que les règlements pris en application de la présente loi obligent la Société à effectuer au Trésor.
 3. Le paiement des frais de fonctionnement de la Société.
- . . .
5. Le paiement que la Société est tenue de faire aux termes d'une entente qu'elle a conclue avec le consentement du ministre des Finances relativement à la répartition des sommes reçues de Casino Rama.

IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1996), 38 C.R.R. (2d) 297

Dans une décision rendue à l'audience et suivie de motifs écrits, le juge Cosgrove a décidé que l'exclusion des parties appelantes du Fonds des Premières nations portait atteinte aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte* et n'était pas justifiée au regard de l'article premier. Il a également estimé que le par. 15(2) ne pouvait pas être invoqué comme moyen de défense relativement à l'atteinte au par. 15(1). En outre, il a déclaré que la province avait outrepassé la compétence que lui confère le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Par conséquent, le juge Cosgrove a rendu une ordonnance portant que les six communautés appelantes avaient le droit de participer pleinement à la distribution des recettes du Fonds des Premières nations ainsi qu'aux négociations concernant le Fonds. Cette ordonnance portait en outre que l'AMAO, qui ne demandait pas le droit de recevoir une part du Fonds des Premières nations, avait le droit de participer à la négociation des modalités de distribution des recettes du Fonds.

Le juge Cosgrove a décidé que les parties appelantes étaient défavorisées par rapport aux communautés autochtones inscrites et, en outre, que l'exclusion des Autochtones non inscrits était à première vue discriminatoire pour des raisons fondées sur la race ou l'origine ethnique. Il a souligné

of a pattern of discrimination on the part of the province against the appellants. In this regard, he stated that the provincial government's rationale for excluding the appellants was "starkly arbitrary" and "recently constructed in response to the [appellants'] applications" (p. 304). The government's rationale for limiting the distribution of the First Nations Fund to registered bands was set out as follows:

1. First Nations [bands] are a clearly identified group under the *Indian Act*. Extension beyond this group raises complex questions about who is aboriginal or Metis. These questions have been the subject of extensive debate and have yet to be satisfactorily resolved.
2. First Nations bands are recognized as governments with an attendant accountability to their members [under the *Indian Act*]. The *Indian Act* provides for the establishment and maintenance of membership lists, the management of moneys for the use and benefit of Indians and bands, the election of Chiefs and councillors, the management and use of reserve lands and the power of band councils to make by-laws.
3. Virtually all First Nations bands have reserves. As a result of the constitutional division of powers, some residents of reserves do not have [access to] the same level of programs and services received by the rest of Ontarians.
4. The First Nations bands have from a very early stage indicated an interest in the casino business and have been involved throughout the process. . . .

Cosgrove J. rejected each of these four propositions. On the first issue of identity, Cosgrove J. found that this question was not as complex as alleged by the respondents since he had dealt with this identification issue in his recent decision in *R. v. Perry*, [1996] 2 C.N.L.R. 167 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), rev'd (1997), 148 D.L.R. (4th) 96 (Ont. C.A.) (*sub nom. Ardoch Algonquin First Nation v.*

que ce cas d'exclusion reflétait une attitude discriminatoire de la province à l'endroit des parties appelantes. À cet égard, il a dit que les motifs avancés par le gouvernement provincial pour justifier l'exclusion des parties appelantes étaient [TRADUCTION] «nettement arbitraires» et «élaborés récemment en réponse aux actions intentées [par les parties appelantes]» (p. 304). Les motifs invoqués par le gouvernement pour expliquer la restriction de la distribution du Fonds des Premières nations aux bandes inscrites ont été exposés ainsi:

[TRADUCTION]

1. Les Premières nations [constituées en bandes] constituent un groupe clairement identifié au regard de la *Loi sur les Indiens*. L'élargissement de ce groupe soulève des questions complexes relativement à l'identification des Autochtones et des Métis. Ces questions qui ont été abondamment débattues n'ont pas été encore résolues de façon satisfaisante.
2. Les Premières nations constituées en bandes sont reconnues comme des gouvernements et sont à ce titre responsables envers leurs membres [suivant la *Loi sur les Indiens*]. La *Loi sur les Indiens* pourvoit à l'établissement et au maintien de listes de membres, à la gestion des fonds à l'usage et au bénéfice des Indiens et des bandes, à l'élection des chefs et des conseillers, à la gestion et à l'usage des terres des réserves, en plus de préciser le pouvoir des conseils de bande de prendre des règlements.
3. Pratiquement toutes les Premières nations constituées en bandes ont une réserve. Par suite du partage des compétences établi par la Constitution, certains résidents des réserves n'ont pas [accès], dans la même mesure, [aux] programmes et services offerts aux autres Ontariens.
4. Les Premières nations constituées en bandes ont manifesté très tôt leur intérêt pour le secteur des casinos et ont participé à l'ensemble du processus . . .

Le juge Cosgrove a rejeté chacune de ces quatre propositions. Relativement à la première, qui concerne l'identité, il a estimé que cette question n'était pas aussi complexe que le prétendaient les intimés puisqu'il s'était prononcé sur le problème de l'identification dans la décision qu'il avait rendue peu de temps auparavant dans l'affaire *R. c. Perry*, [1996] 2 C.N.L.R. 167 (C. Ont. (Div. gén.)),

Ontario), leave to appeal dismissed, [1997] 3 S.C.R. xii. He went on to find that there was no basis for deciding that the appellant groups could not meet the provincial accountability requirements. Noting that not all registered bands had reserves, he found that this rationale could not stand as a legitimate basis for excluding the non-reserve based appellants. Finally, he held that the early involvement of the bands in the casino was irrelevant to the s. 15 determination.

37

In order to address the s. 15(2) defence raised by the respondents, Cosgrove J. accepted the approach taken in *Ontario Human Rights Commission v. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387 (C.A.) (hereinafter "*Roberts*"). That decision focused on the interpretation of s. 14(1) of the *Human Rights Code*, R.S.O. 1990, c. H.19, which provides:

14. — (1) A right under Part I is not infringed by the implementation of a special program designed to relieve hardship or economic disadvantage or to assist disadvantaged persons or groups to achieve or attempt to achieve equal opportunity or that is likely to contribute to the elimination of the infringement of rights under Part I.

For the majority in *Roberts*, Weiler J.A. held that s. 14(1) of the Code was to be interpreted as having a dual purpose: (i) the exemption of affirmative action programs from review, and (ii) the promotion of substantive equality (at p. 407). Consequently, s. 14(1) can exempt a program from review if the challenge emerges from a member of a class of historically advantaged persons not intended to benefit from the program. On the other hand, s. 14(1) cannot immunize a program where (i) an individual suffering from precisely the disadvantage that the program was designed to ameliorate is excluded from the program, and (ii) no rational connection exists between the enumerated

infirmée par (1997), 148 D.L.R. (4th) 96 (C.A. Ont.) (*sub nom. Ardoch Algonquin First Nation c. Ontario*), autorisation de pourvoi refusée, [1997] 3 R.C.S. xii. Il a ensuite jugé que rien ne permettait de conclure à l'incapacité des groupes appelants de satisfaire aux exigences provinciales en matière d'imputabilité. Soulignant que les bandes inscrites n'ont pas toutes une réserve, il a estimé que le troisième motif ne pouvait constituer une raison légitime pour exclure les parties appelantes n'habitant pas une réserve. Enfin, il a décidé que le fait que les bandes avaient commencé à participer tôt au projet de casino n'était pas pertinent pour statuer sur la violation de l'art. 15.

Pour examiner le moyen de défense fondé sur le par. 15(2) soulevé par les intimés, le juge Cosgrove a souscrit à la démarche appliquée dans *Ontario Human Rights Commission c. Ontario* (1994), 19 O.R. (3d) 387 (C.A.) (ci-après «*Roberts*»). Cette décision portait principalement sur l'interprétation du par. 14(1) du *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, ch. H.19, qui est ainsi rédigé:

14 (1) Ne constitue pas une atteinte à un droit reconnu dans la partie I la mise en œuvre d'un programme spécial destiné à alléger un préjudice ou un désavantage économique ou à aider des personnes ou des groupes défavorisés à jouir ou à essayer de jouir de chances égales, ou qui favorisera probablement l'élimination d'une atteinte à des droits reconnus dans la partie I.

S'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Roberts*, le juge Weiler a estimé qu'il fallait considérer que le par. 14(1) du Code visait un double objectif: (i) soustraire les programmes de promotion sociale au contrôle judiciaire; (ii) favoriser l'égalité réelle (à la p. 407). Par conséquent, le par. 14(1) peut soustraire un programme au contrôle judiciaire si ce programme est contesté par un membre d'une catégorie de personnes historiquement favorisées auxquelles il n'est pas censé venir en aide. Par ailleurs, le par. 14(1) ne peut protéger un programme lorsque les circonstances suivantes sont réunies: (i) une personne souffrant précisément du désavantage que le programme tend à atténuer est exclue du champ d'application de ce programme; (ii) il n'existe aucun lien rationnel

ground of discrimination and the purpose of the program (*Roberts, supra*).

Cosgrove J. also entertained an alternative interpretation of s. 15(2) of the *Charter* as put forward in *R. v. Willocks* (1995), 22 O.R. (3d) 552 (Gen. Div.). In that case, Watt J. focused the s. 15(2) analysis on whether the distinction created “gross unfairness”, and stated (at p. 571):

In any program which is designed to ameliorate the conditions of a disadvantaged group, others will be “disadvantaged” as a result of their non-eligibility for participation. Section 15(2) acknowledges as much. What must be avoided is gross unfairness to others. The *Charter* does *not* ask, in my respectful view, that an affirmative action program within its s. 15(2), address at once all individuals or groups who suffer similar disadvantage. There must be some room left to establish and give effect to priorities amongst disadvantaged groups, provided there is no gross unfairness. [Emphasis in original.]

From either perspective, Cosgrove J. found that s. 15(2) could not be invoked to defend the province’s discriminatory treatment of the appellants. In language reflective of the *Roberts* approach, he held that the exclusion of the appellants was “blatantly arbitrary and devoid of any reasoned or rational process of prioritization” (p. 306). He also applied the language set out in *Willocks*, holding that the exclusion was “grossly unfair” since “those of the First Nations or aboriginals who are most in need have been excluded from the project specially designed to assist their economic development” (p. 306).

B. *Ontario Court of Appeal* (1997), 33 O.R. (3d) 735

The Court of Appeal held that Cosgrove J. had misapprehended the facts and made errors in law. Primarily, the Court of Appeal found that Cosgrove J. had made a fundamental error in improv-

entre le motif de discrimination énuméré et l’objet du programme (*Roberts, précité*).

Le juge Cosgrove a également appliqué une autre interprétation du par. 15(2) de la *Charte*, avancée dans *R. c. Willocks* (1995), 22 O.R. (3d) 552 (Div. gén.). Dans cette affaire, le juge Watt a fait porter l’analyse fondée sur le par. 15(2) sur la question de savoir si la distinction créait une [TRADUCTION] «injustice flagrante», et il a dit (à la p. 571):

[TRADUCTION] Dans tout programme destiné à améliorer la situation d’un groupe défavorisé, certaines personnes seront «défavorisées» en raison de leur inadmissibilité. Le paragraphe 15(2) reconnaît ce fait. Ce qu’il faut éviter, ce sont les iniquités flagrantes envers certaines personnes. À mon humble avis, la *Charte* ne demande *pas* qu’un programme de promotion sociale visé au par. 15(2) s’applique dès le départ à toutes les personnes et à tous les groupes qui souffrent d’un désavantage similaire. Les intéressés doivent disposer d’une certaine latitude afin de pouvoir décider lesquels parmi les groupes défavorisés profiteront en priorité de l’application du programme, pourvu que cela n’entraîne pas d’injustice flagrante. [En italique dans l’original.]

Le juge Cosgrove a estimé que, d’un point de vue comme de l’autre, le par. 15(2) ne pouvait être invoqué pour défendre le traitement discriminatoire des parties appelantes par la province. S’exprimant dans des termes évoquant l’approche appliquée dans l’arrêt *Roberts*, il a jugé que l’exclusion des parties appelantes était [TRADUCTION] «manifestement arbitraire et ne reposait sur aucune mesure raisonnée ou rationnelle d’établissement de priorités» (p. 306). Il a également utilisé le langage utilisé dans *Willocks*, estimant que l’exclusion était [TRADUCTION] «manifestement inéquitable» puisque «ceux parmi les Premières nations ou les Autochtones qui ont les plus grands besoins ont été exclus d’un projet visant spécialement à les aider dans leur développement économique» (p. 306).

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (1997), 33 O.R. (3d) 735

La Cour d’appel a estimé que le juge Cosgrove avait mal saisi les faits et avait commis des erreurs de droit. Essentiellement, la Cour d’appel a jugé qu’il avait commis une erreur fondamentale en

38

39

40

erly applying evidentiary and legal aspects from the *Perry* decision. In effect, Cosgrove J. had inappropriately treated this case as being “packaged” with *Perry*, ignoring the many factual and legal distinctions between the two cases with the most important distinction being that this case did not raise a claim to an aboriginal right pursuant to s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. This fundamental error had led Cosgrove J. to further substantive errors in the determination of the case.

appliquant erronément des aspects de l’affaire *Perry* touchant à la preuve et au droit. De fait, le juge Cosgrove avait considéré à tort la présente affaire comme «faisant un tout» avec *Perry*, faisant abstraction des nombreuses distinctions d’ordre factuel et juridique entre les deux affaires, la plus importante étant que la présente affaire ne soulève pas la revendication d’un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette erreur fondamentale avait amené le juge Cosgrove à commettre d’autres erreurs substantielles en décidant l’affaire.

41 Having set the trial judge’s decision aside, the Court of Appeal moved on to its consideration of the principles applicable to the appeal. In that respect, it concluded that the appeal was to be decided on the basis of interpreting s. 15(2) of the *Charter*, since the main object of the casino project was to ameliorate the social and economic conditions of First Nations bands.

Ayant écarté la décision du juge de première instance, la Cour d’appel a ensuite examiné les principes applicables à l’appel. À cet égard, elle a estimé que l’appel devait être tranché en interprétant le par. 15(2) de la *Charte*, puisque l’objectif principal du projet de casino était l’amélioration de la situation sociale et économique des Premières nations constituées en bandes.

42 Although the Court of Appeal quickly determined, given an examination of the legislative history of s. 15(2), that the provision was included in the *Charter* in order to “recognize the legitimacy of special government programs to help the disadvantaged” (p. 752), the legislative history provided little guidance on the proper interaction between ss. 15(1) and 15(2). Consequently, the Court of Appeal turned to the equality jurisprudence for direction, and found that the starting place for this analysis was the recognition that s. 15(2) enhanced and explained the substantive, rather than formalistic, approach to equality in s. 15. The Court of Appeal stated (at pp. 752-53):

Bien que la Cour d’appel ait rapidement jugé, au terme de l’examen de l’historique législatif du par. 15(2), que cette disposition avait été inscrite dans la *Charte* afin de [TRADUCTION] «reconnaître la légitimité des programmes gouvernementaux spéciaux destinés à venir en aide aux personnes défavorisées» (p. 752), l’historique législatif comportait peu d’indications sur l’interaction des par. 15(1) et 15(2). Par conséquent, la Cour d’appel a cherché des indications dans la jurisprudence sur l’égalité et a estimé que le point de départ de cette analyse était la reconnaissance que le par. 15(2) étayait et expliquait l’approche — axée sur le fond plutôt que sur la forme — relative aux droits à l’égalité prévus par l’art. 15. La Cour d’appel a dit ceci (aux pp. 752 et 753):

We view s. 15(2) of the *Charter* as furthering the guarantee of equality in s. 15(1), not as providing an exception to it. This view is grounded in our concept of equality and in the Supreme Court of Canada’s equality jurisprudence. Beginning with *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, . . . and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, . . . the Supreme Court of Canada has consistently stated that the purpose of the equality guarantee in s. 15(1) is to remedy historical disadvantage, that identical treatment can perpetuate disadvantage and that equality may sometimes require differ-

[TRADUCTION] Nous sommes d’avis que le par. 15(2) de la *Charte* renforce la garantie d’égalité prévue au par. 15(1), et non qu’elle l’assortit d’une exception. Cette opinion repose sur notre conception de l’égalité et sur la jurisprudence de la Cour suprême du Canada en matière d’égalité. Depuis les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, [. . .] et *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, [. . .] la Cour suprême du Canada rappelle constamment que l’objet de la garantie d’égalité prévue au par. 15(1) est de remédier aux désavantages historiques, que le fait de traiter tous

ent treatment. Section 15(2) enhances this concept of equality by recognizing that achieving equality may require positive action by government to improve the conditions of historically and socially disadvantaged individuals and groups in Canadian society. We therefore read ss. 15(1) and 15(2) of the *Charter* together to embrace this one consistent concept of equality.

Understood this way, s. 15(2) must be considered with s. 15(1) in determining “*whether* a claim of discrimination has been established” (p. 754 (emphasis in original)). In addition, the Court of Appeal determined that, while s. 15(2) did not immunize special programs from constitutional review, the judicial review of these programs was limited in order to support governments in undertaking such remedial initiatives. Therefore, to invoke s. 15(2) a court need only be satisfied that the target of the program was a disadvantaged group, and the purpose of the program was to ameliorate these conditions. In support of this interpretation, the Court of Appeal noted that s. 15(2) contained no language calling for the assessment of the effectiveness of the program. Neither was there any basis for demanding a rational relationship between the cause of the disadvantage and the program design. If, according to this standard of review, the program infringes the equality interest, these issues are considered under s. 1 of the *Charter*.

After commenting that the language and history of s. 15(2) “seem to militate against . . . challenges to s. 15(2) programs by members of socially advantaged or privileged groups” (p. 755), the Court of Appeal proceeded to focus on situations, such as this appeal, where the claimants are disadvantaged, and the alleged breach of s. 15(1) flows from the program’s underinclusiveness. This analysis, they found, was to be focused on distinguishing between those claiming discrimination as members of a disadvantaged group who fell within the scope of the targeted special program, and challenges by disadvantaged groups who fell

les individus de la même manière peut perpétuer ces désavantages et que l’égalité peut parfois commander un traitement différent. Le paragraphe 15(2) renforce cette conception de l’égalité en reconnaissant que la réalisation de l’égalité peut exiger la prise de mesures concrètes par le gouvernement afin d’améliorer la situation des personnes et des groupes historiquement et socialement défavorisés dans la société canadienne. Nous considérons donc que les par. 15(1) et 15(2) de la *Charte* correspondent ensemble à cette conception stable de l’égalité.

Considéré sous cet angle, le par. 15(2) doit être examiné en corrélation avec le par. 15(1) pour déterminer [TRADUCTION] «*si le bien-fondé d’une allégation de discrimination a été démontré*» (p. 754 (en italique dans l’original)). En outre, la Cour d’appel a jugé que, quoique le par. 15(2) ne soustraie pas les programmes spéciaux au contrôle de leur constitutionnalité, le contrôle judiciaire de ces programmes a été restreint afin d’appuyer les gouvernements prenant de telles mesures réparatrices. Par conséquent, le tribunal qui désire invoquer le par. 15(2) doit seulement être convaincu que le programme vise un groupe défavorisé et qu’il a pour objet d’améliorer la situation de ces personnes. Au soutien de cette interprétation, la Cour d’appel a souligné que rien dans le texte du par. 15(2) n’exigeait l’appréciation de l’efficacité du programme. Rien ne permettait non plus d’exiger qu’il y ait un lien rationnel entre la cause du désavantage et les modalités du programme. Si, selon cette norme de contrôle, le programme porte atteinte au droit à l’égalité, ces questions sont examinées au regard de l’article premier de la *Charte*.

Après avoir indiqué que le texte et l’historique du par. 15(2) [TRADUCTION] «*semblent militer contre [. . .] la contestation des programmes visés au par. 15(2) par les membres des groupes socialement favorisés ou privilégiés*» (p. 755), la Cour d’appel s’est concentrée sur les situations où, comme dans le présent pourvoi, les demandeurs sont défavorisés et où la contravention du par. 15(1) reprochée découle du champ d’application trop limitatif du programme. La Cour d’appel a estimé que cette analyse devait s’attacher à distinguer entre les personnes prétendant faire l’objet de discrimination en tant que membres d’un

43

44

outside the object of the program. Since s. 15(2) affirms government initiatives directed at redressing disadvantage, these programs should be shielded to the extent that they address a specific disadvantage. In short, in underinclusive situations, one can find discrimination only if a distinction is made resulting in the denial of a benefit to a member of the group targeted by the program. As a result, the key to the s. 15(2) analysis is properly characterizing the object or the purpose of the program in order to determine whether the claimants are within a group targeted by that program's objects.

45 The Court of Appeal accepted the broad approach to determining a program's purpose as articulated by Sopinka J., for the majority, in *Battlefords and District Co-operative Ltd. v. Gibbs*, [1996] 3 S.C.R. 566. Rejecting a narrow or formalistic approach, Sopinka J. asserted that in order to establish the "true character or underlying rationale" a full review of the evidence was required (*Gibbs*, at para. 38).

46 Before applying its interpretation of the s. 15(2) analysis, the Court of Appeal paused to consider the relevance of alleged differences in levels of disadvantage suffered by the claimant and respondent aboriginal communities. First, it found that it had been indisputably established that all aboriginal peoples in Canada are disadvantaged in terms of life expectancy, child welfare, educational attainment, employment, and living conditions. Secondly, the court found that the record had not established that the claimants were relatively more disadvantaged than the respondent aboriginal communities. Nonetheless, it held that this question was irrelevant to the s. 15(2) analysis, which is to be focused on establishing the true purpose of the program and whether the excluded group was

groupe défavorisé qui relève du champ d'application du programme spécial ciblé et les contestations présentées par les groupes défavorisés qui ne sont pas visés par l'objet du programme. Puisque le par. 15(2) confirme la validité des mesures gouvernementales visant à remédier à un désavantage, ces programmes doivent être protégés dans la mesure où ils visent un désavantage précis. Bref, dans le cas d'un programme ayant un champ d'application trop limitatif, on ne peut conclure à l'existence de discrimination que si une distinction entraîne la privation d'un avantage pour un membre du groupe visé par le programme. Par conséquent, il est essentiel, dans le cadre de l'analyse fondée sur le par. 15(2), de bien qualifier l'objet ou le but du programme afin de déterminer si les demandeurs font partie d'un groupe ciblé par les objectifs de ce programme.

La Cour d'appel a souscrit à la démarche générale de détermination de l'objet d'un programme qu'a formulée le juge Sopinka, au nom de la majorité, dans *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566. Rejetant les approches étroites ou formalistes, le juge Sopinka a affirmé que pour établir la «nature véritable ou [l]a raison d'être sous-jacente», il fallait procéder à un examen complet de la preuve (*Gibbs*, au par. 38).

Avant d'appliquer son interprétation de l'analyse fondée sur le par. 15(2), la Cour d'appel s'est arrêtée pour examiner la pertinence des niveaux de désavantage différents dont seraient victimes les communautés autochtones demanderesse et intimées. En premier lieu, la Cour d'appel a jugé qu'il avait été démontré de façon incontestable que tous les peuples autochtones au Canada étaient défavorisés en ce qui a trait à l'espérance de vie, au bien-être de l'enfance, au degré d'instruction, à l'emploi et aux conditions de vie. En deuxième lieu, elle a estimé qu'il ne ressortait pas du dossier que les demandeurs étaient relativement plus défavorisés que les communautés autochtones intimées. Elle a néanmoins décidé que cette question n'était pas pertinente pour l'analyse fondée sur le par. 15(2), qui doit s'attacher à déterminer quel est l'objectif véritable du programme et si les

within the group specifically targeted for that purpose. In this regard, the court stated (at p. 760):

Moreover, we do not think that pitting one aboriginal group against another in a perverse competition over which is more needy accords with the purpose and spirit of s. 15 of the *Charter*. Both the applicants and the bands are demonstrably disadvantaged. We do not have to determine the question of relative disadvantage to decide this appeal. The issue is not whether the bands are more or less disadvantaged than the applicants but whether benefitting only the bands reflects the true purpose of the project and is consistent with the goals of s. 15(2).

An examination of the record and its account of the distinct circumstances of the bands assisted the court in purposively determining that the casino project's true purpose was to benefit specifically the First Nations bands. The first distinct circumstance that was considered was the relation of the bands to reserves, given that the project was reserve-based. Even though there were a number of bands without reserve communities, the Court of Appeal held that this "leakage" did not undermine the overall objects of the project, nor appreciably strengthen the applicants' position.

Beyond the reserve-based distinctions between the claimant and respondent aboriginal communities, the Court of Appeal found that other important differences existed and were specifically relevant to the casino project. In short, the bands stood on a different footing from the applicant groups inasmuch as: (i) the *Indian Act* regime created a level of political and financial accountability for the bands which was in keeping with the province's need to regulate commercial gambling strictly, (ii) the application of the registration and membership list provisions of the *Indian Act* made band communities easily identifiable in contrast to the uncertainty surrounding the enumeration of Métis or non-status Indians, and (iii) the bands had

personnes exclues faisaient partie du groupe spécifiquement visé par cet objectif. À cet égard, la Cour d'appel a dit ceci (à la p. 760):

[TRADUCTION] De plus, nous ne croyons pas que le fait d'opposer un groupe autochtone à un autre dans un concours pervers visant à déterminer qui est le plus nécessaire soit compatible avec l'objet et l'esprit de l'art. 15 de la *Charte*. Tant les demandeurs que les bandes sont clairement défavorisés. Nous n'avons pas à trancher la question du désavantage relatif pour statuer sur le présent appel. Il ne s'agit pas de déterminer si les bandes sont plus ou moins défavorisées que les demandeurs, mais plutôt si le fait de ne reconnaître les avantages du projet qu'aux bandes correspond à son objet véritable et est compatible avec les buts visés par le par. 15(2).

L'examen du dossier et la description qu'on y fait des situations particulières des bandes a aidé la cour à déterminer de façon téléologique que l'objet véritable du projet de casino était de favoriser spécifiquement les Premières nations constituées en bandes. La première circonstance particulière examinée a été le lien entre les bandes et les réserves, puisque le projet est rattaché à une réserve. Même s'il y a de nombreuses bandes dont la communauté n'habite pas une réserve, la Cour d'appel a jugé que cette [TRADUCTION] «singularité» ne compromettrait pas les objets généraux du projet et ne renforçait pas de façon appréciable la thèse des demandeurs.

Outre les distinctions entre les communautés autochtones demanderesse et intimées fondées sur le rattachement à une réserve, la Cour d'appel a conclu à l'existence d'autres différences importantes et particulièrement pertinentes quant au projet de casino. En bref, les bandes n'étaient pas dans la même situation que les groupes demandeurs dans la mesure où: (i) le régime de la *Loi sur les Indiens* établissait à l'endroit des bandes un degré de responsabilité politique et financière conforme au besoin de la province de réglementer strictement les activités commerciales de jeu; (ii) l'application des dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives à l'inscription et aux listes de membres rendait les communautés constituées en bandes facilement identifiables, par opposition à l'incertitude du dénombrement des Métis et des Indiens non inscrits; (iii) les bandes avaient de l'expé-

47

48

experience in gaming and had established an early interest in casino gaming.

rience en matière de jeu et avaient manifesté très tôt leur intérêt à l'égard des casinos.

49

Given the province's clear ameliorative purpose, and the relation between this purpose and the distinct circumstances of the First Nations bands, the Court of Appeal held that the casino project was authorized by s. 15(2) and could not constitute discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. Finally, the Court of Appeal held that the province did not act *ultra vires* the *Constitution Act, 1867*. Although reserves and bands fall under federal jurisdiction, the province simply exercised its spending power, and did not act in any way to encroach upon the federal power.

Compte tenu de l'objectif améliorateur nettement visé par la province et de la relation entre cet objectif et la situation distincte des Premières nations constituées en bandes, la Cour d'appel a jugé que le projet de casino était autorisé par le par. 15(2) et qu'il ne pouvait être source de discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Enfin, la Cour d'appel a estimé que la province n'avait pas outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que les réserves et les bandes relèvent de la compétence du fédéral, la province a simplement exercé son pouvoir de dépenser et elle n'a empiété d'aucune façon sur la compétence du fédéral.

V. Issues

V. Les questions en litige

50

By order of Lamer C.J. dated November 25, 1998, the following constitutional questions were stated for this Court's consideration:

Par ordonnance du juge en chef Lamer datée du 25 novembre 1998, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées et soumises à notre Cour pour examen:

1. Does the exclusion of the appellant aboriginal groups from the First Nations Fund, and from the negotiations on the establishment and operation of the Fund, set up pursuant to s. 15(1) of the *Ontario Casino Corporation Act, 1993*, S.O. 1993 c. 25, on the grounds that they are not aboriginal groups registered as *Indian Act* bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question No. 1 is yes, is the violation demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Is the exclusion of the appellant aboriginal groups from the First Nations Fund of the Casino Rama Project, and from the negotiations on the establishment and operation of the Fund on the grounds that they are not aboriginal groups registered as *Indian Act* bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, *ultra vires* the power of the province under the *Constitution Act, 1867*?

1. L'exclusion des groupes autochtones appelants du Fonds des premières nations et des négociations sur l'établissement et l'exploitation du Fonds, créé conformément au par. 15(1) de la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l'Ontario*, L.O. 1993, ch. 25, pour le motif qu'ils ne sont pas des groupes autochtones inscrits comme bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, viole-t-elle l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la question n° 1 est affirmative, s'agit-il d'une violation dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'exclusion des groupes autochtones appelants du Fonds des premières nations du projet Casino Rama et des négociations sur l'établissement et l'exploitation du Fonds, pour le motif qu'ils ne sont pas des groupes autochtones inscrits comme bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, outrepassé-t-elle les pouvoirs conférés à la province par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

VI. AnalysisA. *Introduction*

At the centre of this appeal is the appellants' claim that their exclusion from the First Nations Fund represents a contravention of the equality right guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*. The courts below, however, made their respective decisions without the benefit of this Court's decision in *Law, supra*, which synthesized the s. 15(1) jurisprudence of the Court. Consequently, I will begin the analysis with a brief review of that decision before going on to discuss the application of the s. 15(1) substantive equality analysis to this appeal.

In addition, since the courts below based their decisions on the application of s. 15(2) as opposed to s. 15(1) and the interpretation of s. 15(2) was fully argued before this Court, the next section of the analysis is devoted to a discussion of s. 15(2) and its relationship with s. 15(1). The final section of the analysis deals with the question of whether the province of Ontario acted *ultra vires* its jurisdiction under the *Constitution Act, 1867*.

B. *The Synthesis in Equality Jurisprudence*

In the recent decision of *Law, supra*, this Court reviewed its equality jurisprudence and provided a summary of the basic principles relating to the purpose of s. 15(1) and the proper approach to equality analysis generally. This review revealed considerable continuity in this Court's understanding of the purpose of s. 15(1), and provided the basis for setting forth a synthesis of the various formulations of the s. 15 analysis. The synthesized approach requires that the determination of a discrimination claim be grounded in three broad inquiries (*Law, supra*, at para. 39). First, we must examine whether the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others. Secondly, we must establish whether this differential treatment is based on one or more enumerated or analogous grounds. And

VI. L'analyseA. *Introduction*

L'essence du présent pourvoi est la prétention des parties appelantes que leur exclusion du Fonds des Premières nations contrevient au droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. Les juridictions inférieures ont cependant rendu leur décision respective sans disposer de l'arrêt *Law*, précité, de notre Cour dans lequel celle-ci a fait une synthèse de sa jurisprudence relative au par. 15(1). En conséquence, je vais commencer l'analyse par un bref rappel de cette décision avant d'examiner l'application au présent pourvoi de l'analyse relative à l'égalité réelle au regard du par. 15(1).

En outre, puisque les juridictions inférieures ont fondé leurs décisions sur l'application non pas du par. 15(1) mais plutôt du par. 15(2), et que l'interprétation de ce dernier paragraphe a été débattue de façon exhaustive devant notre Cour, la partie suivante de l'analyse est consacrée à l'examen du par. 15(2) et de sa corrélation avec le par. 15(1). La dernière partie de l'analyse porte sur la question de savoir si la province d'Ontario a outrepassé les pouvoirs qui lui sont conférés par la *Loi constitutionnelle de 1867*.

B. *Synthèse de la jurisprudence relative à l'égalité*

Dans le récent arrêt *Law*, précité, notre Cour a passé en revue sa jurisprudence en matière d'égalité et elle a résumé les principes fondamentaux touchant l'objet du par. 15(1) et la démarche applicable de façon générale à l'analyse relative à l'égalité. Cet examen a révélé une très grande continuité dans la façon dont notre Cour interprétait l'objet du par. 15(1) et il a servi de base à l'énoncé de la synthèse des diverses formulations de l'analyse fondée sur l'art. 15. Suivant cette démarche synthétique, il faut, pour statuer sur une allégation de discrimination, répondre à trois grandes questions (*Law*, précité, au par. 39). Premièrement, il faut se demander si la loi, le programme ou l'activité traite le demandeur différemment d'autres personnes. Deuxièmement, il faut déterminer si cette différence de traitement est fondée sur un ou plu-

51

52

53

finally, we must ask whether the impugned law, program or activity has a purpose or effect that is substantively discriminatory.

54

This three-staged inquiry is not to be undertaken according to a fixed formula or a rigid test. Rather, s. 15(1) is to be interpreted in a purposive and contextual manner in order to permit the realization of the provision's strong remedial purpose, and to avoid the pitfalls of a formalistic or mechanical approach (*Law, supra*, at para. 88 (p. 548); *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, *per* Cory J. at para. 47). The main focus of the inquiry is to establish whether a conflict exists between the purpose or effect of an impugned law and the purpose of s. 15(1). The central purpose of the guarantee in s. 15(1) is to protect against the violation of essential human dignity (*Law, supra*, at para. 51; *Winko v. British Columbia (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 S.C.R. 625, *per* McLachlin J. (as she then was) at para. 75). The concept of human dignity was described in the following terms (*Law, supra*, at para. 53):

For the purpose of analysis under s. 15(1) of the *Charter*, however, the jurisprudence of this Court reflects a specific, albeit non-exhaustive, definition. As noted by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 554, the equality guarantee in s. 15(1) is concerned with the realization of personal autonomy and self-determination. Human dignity means that an individual or group feels self-respect and self-worth. It is concerned with physical and psychological integrity and empowerment. Human dignity is harmed by unfair treatment premised upon personal traits or circumstances which do not relate to individual needs, capacities, or merits. It is enhanced by laws which are sensitive to the needs, capacities, and merits of different individuals, taking into account the context underlying their differences. Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or

sieurs motifs énumérés ou analogues. Enfin, il faut se demander si la loi, le programme ou l'activité contesté a un objet ou un effet qui est source de discrimination réelle.

Cette analyse en trois étapes ne doit pas être faite en appliquant une formule figée ou un critère rigide. Au contraire, il faut interpréter le par. 15(1) au moyen d'une démarche fondée sur l'objet et sur le contexte afin de permettre la réalisation de l'important objet réparateur de cette disposition et pour éviter les pièges d'une démarche formaliste ou automatique (*Law, précité*, au par. 88 (p. 548); *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, le juge Cory, au par. 47). L'analyse vise principalement à déterminer s'il existe un conflit entre l'objet ou l'effet de la disposition législative contestée et l'objet du par. 15(1). L'objet fondamental de la garantie prévue au par. 15(1) est la protection des individus contre les atteintes à la dignité humaine essentielle (*Law, précité*, au par. 51; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef du Canada), au par. 75). La notion de dignité humaine a été décrite ainsi (*Law, précité*, au par. 53):

Pour les fins de l'analyse relative au par. 15(1) de la *Charte*, toutefois, la jurisprudence de notre Cour fait ressortir une définition précise, quoique non exhaustive. Comme le juge en chef Lamer l'a fait remarquer dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 554, la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) vise la réalisation de l'autonomie personnelle et de l'autodétermination. La dignité humaine signifie qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. Elle est rehaussée par des lois qui sont sensibles aux besoins, aux capacités et aux mérites de différentes personnes et qui tiennent compte du contexte sous-jacent à leurs différences. La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position

her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding the individuals affected and excluded by the law?

In appreciation of the depth and complexity of the human dignity interest, the discrimination inquiry demands a full contextual analysis. However, this contextual analysis is a directed inquiry; it is focused through the application of contextual factors which have been identified as being particularly sensitive to the potential existence of substantive discrimination. This contextual analysis proceeds on the basis of “a comparative analysis which takes into consideration the surrounding context of the claim and the claimant” (*Law, supra*, at para. 55). Further, the determination of the appropriate comparator and the evaluation of the context must be examined from the reasonable perspective of the claimant. The question to be asked is whether, taking the perspective of a “reasonable person, in circumstances similar to those of the claimant, who takes into account the contextual factors relevant to the claim” (*Law, supra*, at para. 88 (p. 550)), the law has the effect of demeaning a claimant’s human dignity (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, per L’Heureux-Dubé J. at para. 56).

At this point, I must pause to mention that the s. 15(1) scrutiny is not limited to distinctions set out only in legislation. Given the remedial purpose of s. 15, we must have a broad understanding of how “law” in s. 15(1) is defined (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 585). The necessity for a broader definition becomes manifest in cases such as this appeal, since it is clear that s. 15(1) must be available to review ameliorative programs. La Forest J. recognized precisely this in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 277, where he determined that:

One need simply examine s. 15(2) which provides that s. 15(1) “does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of

d’une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu’une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l’ensemble des circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

Eu égard à la portée et à la complexité du droit à la dignité humaine, l’analyse relative à la discrimination commande un examen exhaustif du contexte. Cette analyse contextuelle est toutefois balisée; elle s’attache à l’application de facteurs contextuels qui ont été considérés particulièrement susceptibles de révéler l’existence potentielle de discrimination réelle. Cette analyse contextuelle prend la forme d’«une analyse comparative qui prend en considération le contexte entourant l’allégation et le demandeur» (*Law*, précité, au par. 55). En outre, la détermination de l’élément de comparaison approprié et l’évaluation du contexte doivent être réalisées à partir du point de vue raisonnable du demandeur. La question qu’il faut se poser est de savoir si, du point de vue d’une «personne raisonnable qui se trouve dans une situation semblable à celle du demandeur et qui tient compte des facteurs contextuels pertinents» (*Law*, précité, au par. 88 (p. 550)), la loi a pour effet de porter atteinte à la dignité humaine du demandeur (*Egan v. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, le juge L’Heureux-Dubé, au par. 56).

Je dois m’arrêter, à ce stade-ci, pour mentionner que l’examen fondé sur le par. 15(1) ne se limite pas aux seules distinctions établies par un texte de loi. Compte tenu des fins réparatrices de l’art. 15, il faut très bien saisir la façon dont le mot «loi» figurant au par. 15(1) est défini (*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, à la p. 585). Le besoin d’une définition plus large devient manifeste dans les affaires comme celle qui nous occupe, puisqu’il est clair que le par. 15(1) doit pouvoir servir au contrôle des programmes améliorateurs. C’est précisément ce qu’a reconnu le juge La Forest dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 277, où il a dit ceci:

On n’a qu’à examiner le par. 15(2) qui prévoit que le par. 15(1) «n’a pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation

55

56

disadvantaged individuals or groups . . .”. There would be no need to refer to programs and activities if s. 15(1) were confined to legislative activity. [Emphasis in original.]

Consequently, the activities relating to the First Nations Fund undertaken by the provincial government are open to *Charter* scrutiny as “action[s] taken under [the] statutory authority” of s. 15(1) of the *Ontario Casino Corporation Act, 1993* (*Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 21; *Law, supra*, at para. 23).

57 As noted above, the purposive s. 15(1) inquiry requires a claimant to advert to factors which contextually establish a breach of the human dignity interest. In *Law*, the Court set out four such contextual factors, with the understanding that others might emerge depending on the circumstances of a particular appeal. Each of these factors will be considered below in the discrimination analysis.

58 I also wish to emphasize that the relative disadvantage of the claimant, as assessed in relation to the comparator group, does not stand alone as constituting a fifth contextual factor in *Law*. Admittedly, in *Law*, there are a number of observations about what result might be expected in relation to various constellations of relative disadvantage. However, these were observations and nothing more; they were presented in order to convey a full appreciation of the flexibility of the substantive equality analysis. The broad and fully contextual s. 15(1) analysis transcends the superficiality of a simple balancing of relative disadvantage. This was stated as follows in *Law, supra*, at para. 68:

... in referring to groups which, historically, have been more or less disadvantaged, I do not wish to imply the existence of a strict dichotomy of advantaged and disadvantaged groups, within which each claimant must be classified. I mean to identify simply the social reality that a member of a group which historically has been more disadvantaged in Canadian society is less likely to

d’individus ou de groupes défavorisés. . .» [. . .] Il ne serait pas nécessaire de mentionner des programmes et des activités si le par. 15(1) était limité à l’activité législative. [Souligné dans l’original.]

En conséquence, les activités du gouvernement provincial relatives au Fonds des Premières nations peuvent être examinées au regard de la *Charte* en tant qu’«actes accomplis en vertu de pouvoirs conférés par la loi», c’est-à-dire par le par. 15(1) de la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l’Ontario* (*Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 21; *Law*, précité, au par. 23).

Comme il a été souligné précédemment, l’analyse fondée sur le par. 15(1) exige qu’un demandeur se réfère à des facteurs qui, dans le contexte, démontrent une atteinte au droit à la dignité humaine. Dans l’arrêt *Law*, notre Cour a décrit quatre facteurs contextuels, précisant que d’autres pourraient se présenter selon les circonstances d’un pourvoi donné. Chacun de ces facteurs sera examiné plus loin dans le cadre de l’analyse relative à la discrimination.

Je désire également souligner que le désavantage relatif du demandeur, apprécié par rapport au groupe de comparaison, n’est pas considéré en soi comme un cinquième facteur contextuel dans *Law*. Il est vrai que, dans cet arrêt, un certain nombre d’observations sont faites à propos du résultat auquel on pourrait s’attendre relativement à une myriade de désavantages relatifs. Il ne s’agissait toutefois que d’observations, sans plus. Ces observations ont été faites afin de bien faire saisir la souplesse de l’analyse relative à l’égalité réelle. L’analyse — large et entièrement contextuelle — fondée sur le par. 15(1) transcende le caractère superficiel de la simple mise en balance des désavantages relatifs. Cette constatation a été exprimée ainsi dans l’arrêt *Law*, précité, au par. 68:

... en me référant aux groupes qui, historiquement, ont été plus ou moins défavorisés, je ne veux pas dire qu’il existe une dichotomie stricte entre groupes favorisés et groupes défavorisés, qui doit servir à classer tous les demandeurs. Je veux simplement faire état de la réalité sociale suivant laquelle un membre d’un groupe historiquement plus défavorisé dans la société canadienne aura

have difficulty in demonstrating discrimination. Since *Andrews*, it has been recognized in the jurisprudence of this Court that an important, though not exclusive, purpose of s. 15(1) is the protection of individuals and groups who are vulnerable, disadvantaged, or members of “discrete and insular minorities”. The effects of a law as they relate to this purpose should always be a central consideration in the contextual s. 15(1) analysis. [Emphasis added.]

I, therefore, support the Court of Appeal’s rejection, albeit within its s. 15(2) interpretation, of a relative disadvantage approach. The inappropriateness of such an approach is highlighted by the unique circumstances of this appeal, where we must respectfully acknowledge the disadvantages suffered both by the claimants and the comparator group. Moreover, the remedial and holistic nature of the s. 15(1) inquiry obliges this Court to proceed to the directed contextual analysis from the standpoint of acknowledging severe and profoundly patterned historical disadvantages (see *Corbiere, supra, per L’Heureux-Dubé J.* at para. 54). In short, beyond the unseemly nature of the relative disadvantage approach, i.e., “pitting one disadvantaged group against another”, its narrow focus is inconsistent with the fullness of the substantive equality analysis.

The application of the substantive equality analysis cannot be reduced to simple analytical formulae. For, while it is often true that distinctions may produce discrimination, there are many other situations where substantive equality requires that distinctions be made in order to take into account the actual circumstances of individuals as they are located in varying social, political, and economic situations. This is why this Court has long recognized that the purpose of s. 15(1) encompasses both the prevention of discrimination and the amelioration of the conditions of disadvantaged persons (see *Eaton v. Brant County Board of Education*, [1997] 1 S.C.R. 241, *per Sopinka J.* at para. 66). Accordingly, there has been an equally longstanding recognition that an underinclusive ameliorative law, program or activity may violate the constitutional equality interest (*Brooks v. Canada*

vraisemblablement moins de difficulté à prouver la discrimination. Depuis l’arrêt *Andrews*, la jurisprudence de notre Cour reconnaît qu’un objet important, mais non exclusif, du par. 15(1) est la protection des personnes et des groupes qui sont vulnérables, défavorisés ou qui font partie de «minorités distinctes et isolées». Les effets d’une loi reliés à cet objet doivent toujours constituer une considération primordiale dans le cadre de l’analyse contextuelle relative au par. 15(1). [Je souligne.]

J’appuie donc le rejet par la Cour d’appel de la démarche fondée sur le désavantage relatif, quoiqu’elle l’ait fait dans le cadre de son interprétation du par. 15(2). Le caractère inapproprié d’une telle démarche ressort clairement des faits particuliers du présent pourvoi, dans lequel nous devons reconnaître les désavantages subis tant par les demandeurs que par le groupe de comparaison. Qui plus est, la nature réparatrice et globale de l’analyse fondée sur le par. 15(1) oblige notre Cour à effectuer l’analyse contextuelle balisée en reconnaissant dès le départ l’existence de désavantages historiques graves et profondément ancrés (voir *Corbiere*, précité, le juge L’Heureux-Dubé, au par. 54). Bref, hormis le caractère inconvenant de la méthode du désavantage relatif, qui consiste à «opposer un groupe défavorisé à un autre», son objet restreint est incompatible avec le caractère complet de l’analyse relative à l’égalité réelle.

L’application de l’analyse relative à l’égalité réelle ne peut être réduite à de simples formules analytiques. Car, quoiqu’il soit souvent vrai que des distinctions peuvent être source de discrimination, il y a de nombreuses autres situations où l’égalité réelle exige que des distinctions soient faites pour tenir compte de la situation concrète d’individus vivant dans des conditions sociales, politiques et économiques différentes. Voilà pourquoi notre Cour reconnaît depuis longtemps que le par. 15(1) a non seulement pour objet d’empêcher la discrimination mais aussi d’améliorer la situation des personnes défavorisées (voir *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, le juge Sopinka, au par. 66). En conséquence, on reconnaît également depuis longtemps qu’une loi, un programme ou une activité ayant un objectif améliorateur mais un champ d’application

Safeway Ltd., [1989] 1 S.C.R. 1219, *per* Dickson C.J. at p. 1240). However, until recently, this Court's consideration of underinclusiveness has been limited to the review of universal or generally comprehensive benefit schemes (see *Eldridge, supra*; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493).

trop limitatif peut porter atteinte au droit constitutionnel à l'égalité (*Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, le juge en chef Dickson, à la p. 1240). Jusqu'à tout récemment, toutefois, notre Cour a limité son examen de la question du champ d'application trop limitatif au contrôle de régimes d'avantages universels ou généralement accessibles (voir *Eldridge*, précité; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493).

61 This appeal, then, represents an opportunity for this Court to confirm that the s. 15(1) scrutiny applies just as powerfully to targeted ameliorative programs. Two recent post-*Law* decisions have already indicated as much (*Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Collins v. Canada*, [2000] 2 F.C. 3 (T.D.)). I now proceed to discuss the application of the s. 15(1) substantive discrimination analysis.

Le présent pourvoi donne donc à notre Cour l'occasion de confirmer que l'examen fondé sur le par. 15(1) s'applique avec autant de vigueur aux programmes améliorateurs ciblés. Deux décisions postérieures à l'arrêt *Law* l'ont déjà indiqué (*Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Collins c. Canada*, [2000] 2 C.F. 3 (1^{re} inst.)). Je vais maintenant traiter de l'application de l'analyse relative à la discrimination réelle au regard du par. 15(1).

C. *The Application of Section 15(1)*

C. *L'application du par. 15(1)*

1. Comparator Group

1. Le groupe de comparaison

62 As stated above, there are three basic stages to establishing a breach of s. 15. Briefly, the Court must find (i) differential treatment, (ii) on the basis of an enumerated or analogous ground, (iii) which conflicts with the purpose of s. 15(1) and, thus, amounts to substantive discrimination. Each of these inquiries proceeds on the basis of a comparison with another relevant group or groups, and locating the relevant comparison groups requires an examination of the subject-matter of the law, program or activity and its effects, as well as a full appreciation of the context. Generally, the claimant chooses the relevant comparator, however, a court may, within the scope of the ground or grounds pleaded, refine the comparison presented by the claimant (*Law, supra*, at para. 57).

Comme il a été mentionné précédemment, trois étapes fondamentales doivent être suivies pour déterminer s'il y a eu violation de l'art. 15. En résumé, le tribunal doit conclure (i) à l'existence d'une différence de traitement, (ii) fondée sur un motif énuméré ou analogue, (iii) qui contrevient à l'objet du par. 15(1) et, de ce fait, constitue de la discrimination réelle. À chacune de ces étapes, il y a comparaison avec un ou plusieurs autres groupes pertinents. Pour trouver les groupes de comparaison appropriés, il faut examiner l'objet et les effets des dispositions législatives, du programme ou de l'activité, en plus de tenir compte du contexte dans son ensemble. C'est généralement le demandeur qui choisit l'élément de comparaison pertinent, mais le tribunal peut, dans les limites du motif ou des motifs invoqués, préciser la comparaison soumise par le demandeur (*Law*, précité, au par. 57).

63 In this case, each of the two appellant groups has premised its submissions on the selection of the applicable comparator group upon a recognition that the distinction creates differential treat-

En l'espèce, chacun des deux groupes appelants a fondé ses observations quant au choix du groupe comparaison applicable sur la reconnaissance du fait que la distinction entraîne une différence de

ment for categories of aboriginal peoples. The Lovelace appellants submit that the only appropriate comparison is between aboriginal communities registered as bands and rural non-registered aboriginal communities. The Be-Wab-Bon appellants submit, however, that since the majority of non-registered aboriginal communities are made up of non-status Indians and Métis, the appropriate comparison is between status Indians and non-status Indians and Métis.

Undoubtedly, the existence of complicated relationships between individual and community aboriginal status must be recognized in the context of this appeal, especially since there are significant differences in this regard between Métis and First Nations peoples. However, the two appellant groups recognize that both the distinction made and the benefit conferred by the First Nations Fund are fundamentally directed to aboriginal communities rather than individual aboriginals. Furthermore, I see no basis for limiting the comparison of band communities with rural non-band aboriginal communities. As outlined in the factual and contextual section of these reasons, there is a great degree of diversity in the living circumstances of the appellant groups which cannot be properly reflected by this single descriptor. Accordingly, having considered the submissions of the parties, and finding that the whole context of the circumstances warrants a refinement in the identification of the comparator group, I find that the s. 15(1) inquiry must proceed on the basis of comparing band and non-band aboriginal communities.

2. Differential Treatment and Grounds

Having decided the relevant comparator group, we must now deal with the first and second stages of the discrimination inquiry. Firstly, we must examine whether the appellants were subject to differential treatment, and secondly, whether this

traitement pour certaines catégories de peuples autochtones. Les appelants Lovelace affirment que la seule comparaison qui convienne doit mettre en regard les communautés autochtones inscrites comme bandes et les communautés autochtones rurales non inscrites. Toutefois, les appelantes Be-Wab-Bon soutiennent que, puisque la majorité des communautés autochtones non inscrites sont composées d'Indiens non inscrits et de Métis, la comparaison doit se faire entre les Indiens inscrits d'une part et les Indiens non inscrits et les Métis d'autre part.

Il ne fait aucun doute qu'il faut, dans le contexte du présent pourvoi, reconnaître qu'il existe des rapports complexes entre le statut individuel des Autochtones et celui des communautés autochtones, d'autant plus qu'il y a des différences importantes à cet égard entre les Métis et les Premières nations. Cependant, les deux groupes appelants reconnaissent que la distinction faite par le Fonds des Premières nations et l'avantage conféré par celui-ci visent fondamentalement les communautés autochtones plutôt que les Autochtones individuellement. En outre, je ne vois aucune raison de comparer les communautés constituées en bandes aux seules communautés autochtones rurales non constituées en bandes. Comme il est indiqué dans la partie «Les faits et le contexte» des présents motifs, il existe, dans les conditions de vie des groupes appelants, une grande diversité qui ne peut pas être reflétée convenablement par ce seul élément descriptif. Par conséquent, ayant considéré les observations des parties et jugé que le contexte global commande de préciser davantage l'identité du groupe de comparaison, j'estime que l'analyse fondée sur le par. 15(1) doit être faite en comparant les communautés autochtones constituées en bandes et celles qui ne le sont pas.

2. La différence de traitement et les motifs

Ayant arrêté le choix du groupe comparaison pertinent, il nous faut maintenant réaliser les première et deuxième étapes de l'analyse relative à la discrimination. Premièrement, il faut se demander si les parties appelantes ont fait l'objet d'un traite-

differential treatment was on the basis of an enumerated or analogous ground under s. 15(1).

66 Clearly, the appellants have been subjected to differential treatment since the province of Ontario confirmed, on May 2, 1996, that the appellants were excluded from a share in the First Nations Fund and any related negotiation process. Moving, then, to a consideration of the basis of this distinction, the Be-Wab-Bon appellants submit that they were excluded on the basis of race or ethnicity. On the other hand, the Lovelace appellants submit that non-registration under the *Indian Act* is inextricably tied to a longstanding cultural, community and personal identity of a group of individuals constituting a discrete and insular minority within the larger aboriginal population. Further, they argue that their exclusion from the *Indian Act* is constructively immutable given the onerous nature of current federal policies relating to individual and band registration under the *Indian Act*.

67 Although there may be sound reasons for accepting either the Lovelace or Be-Wab-Bon submissions on the question of enumerated or analogous grounds, and as coming within previous jurisprudence of the Court such as outlined in *Corbiere, supra*; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at para. 62; *Egan, supra*; and *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, I find that it is not necessary to decide this in view of my finding that even if these grounds are present there is no discrimination in these circumstances. To that third stage of the analysis I now turn.

3. Contextual Analysis of Discrimination

68 As mentioned above, there are four contextual factors which provide the basis for organizing the third stage of the discrimination analysis, they are: (i) pre-existing disadvantage, stereotyping, prejudice, or vulnerability, (ii) the correspondence, or lack thereof, between the ground(s) on which

ment différent et, deuxièmement, si cette différence de traitement était fondée sur un motif énuméré au par. 15(1) ou un motif analogue à ceux-ci.

Les parties appelantes font manifestement l'objet d'un traitement différent depuis que la province d'Ontario a confirmé, le 2 mai 1996, qu'elles étaient exclues de la participation aux recettes du Fonds des Premières nations et de toute négociation à cet égard. Pour ce qui est du fondement de cette distinction, les appelantes Be-Wab-Bon soutiennent qu'elles ont été exclues sur le fondement de la race ou de l'origine ethnique. Pour leur part, les appelants Lovelace affirment que l'absence d'inscription en vertu de la *Loi sur les Indiens* est inextricablement liée à l'identité culturelle, communautaire et personnelle de longue date d'un groupe de personnes qui constituent une minorité distincte et isolée au sein de l'ensemble la population autochtone. Ils prétendent également que leur exclusion de la *Loi sur les Indiens* est immuable étant donné le caractère rigoureux des politiques fédérales actuelles concernant l'inscription des individus et des bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens*.

Quoiqu'il puisse y avoir des raisons valables d'accepter aussi bien les arguments des appelants Lovelace que ceux des appelantes Be-Wab-Bon sur la question des motifs énumérés ou analogues et de les considérer conformes à la jurisprudence antérieure de notre Cour, notamment les arrêts *Corbiere*, précité; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, au par. 62; *Egan*, précité; et *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, j'estime qu'il n'est pas nécessaire que je me prononce sur ce point compte tenu de ma conclusion que, même si ces motifs sont présents, il n'y a pas de discrimination dans les circonstances. Je passe maintenant à la troisième étape de l'analyse.

3. L'analyse contextuelle de la discrimination

Comme je l'ai mentionné plus tôt, il y a quatre facteurs qui constituent les assises de la troisième étape de l'analyse relative à la discrimination. Ces facteurs sont: (i) la préexistence d'un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d'une situation de vulnérabilité; (ii) la correspondance, ou l'absence

the claim is based and the actual need, capacity, or circumstances of the claimant or others, (iii) the ameliorative purpose or effects of the impugned law, program or activity upon a more disadvantaged person or group in society, and (iv) the nature and scope of the interest affected by the impugned government activity. As the following discussion of those contextual factors will reveal, I conclude that no discrimination exists through the operation of the casino program.

(a) *Pre-Existing Disadvantage, Stereotyping, Prejudice or Vulnerability*

As I have already pointed out, this enquiry does not direct the appellants and respondents to a “race to the bottom”, i.e., the claimants are not required to establish that they are more disadvantaged than the comparator group. However, it is important to acknowledge that all aboriginal peoples have been affected “by the legacy of stereotyping and prejudice against Aboriginal peoples” (*Corbiere, supra*, at para. 66). Aboriginal peoples experience high rates of unemployment and poverty, and face serious disadvantages in the areas of education, health, and housing (*Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *Gathering Strength* (1996), at pp. 108-114, 166-75, 366-69, 438-44; see also U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Concluding Observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (Canada), E/C. 12/1/Add.31, 4 Dec. 1998, at paras. 17 and 43; and Carol Agocs and Monica Boyd, “The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s” in *Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies* (2nd ed. 1993), 330, at pp. 333-36).

Apart from this background, the two appellant groups face a unique set of disadvantages. Although the two appellant groups emphasize their respective cultural and historical distinctness as Métis and First Nations peoples, both appellant groups submit that these particular disadvantages can be traced to their non-participation in, or

de correspondance, entre les motifs sur lesquels l’allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation véritables du demandeur ou d’autres personnes; (iii) l’objet ou l’effet améliorateur de la loi, du programme ou de l’activité contesté eu égard à une personne ou un groupe défavorisés dans la société; (iv) la nature et l’étendue du droit touché par l’activité gouvernementale contestée. Comme le révélera l’examen de ces facteurs contextuels, j’estime que l’exploitation du programme relatif au casino ne crée pas de discrimination.

a) *La préexistence d’un désavantage, de stéréotypes, de préjugés ou d’une situation de vulnérabilité*

Comme je l’ai déjà souligné, cet examen n’engage pas les parties appelantes et les intimés dans une «course vers le bas», en d’autres mots les demandeurs ne sont pas tenus de démontrer qu’ils sont plus défavorisés que le groupe de comparaison. Il est toutefois important de reconnaître que tous les peuples autochtones subissent les effets «de l’héritage de stéréotypes et préjugés visant les peuples autochtones» (*Corbiere, précité*, au par. 66). Les peuples autochtones sont aux prises avec des taux élevés de chômage et de pauvreté, et ils font face à d’importants désavantages dans les domaines de l’éducation, de la santé et du logement (*Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *Vers un ressourcement* (1996), aux pp. 120 à 128, 186 à 197, 414 à 417, et 494 à 501; voir également Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies, *Observations finales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels* (Canada), E/C. 12/1/Add. 31, 10 déc. 1998, aux par. 17 et 43; ainsi que Carol Agocs et Monica Boyd, «The Canadian Ethnic Mosaic Recast for the 1990s» dans *Social Inequality in Canada: Patterns, Problems, Policies* (2^e éd. 1993), 330, aux pp. 333 à 336).

Indépendamment de ce contexte, les deux groupes appelants font face à un ensemble unique de désavantages. Bien que les deux groupes appelants fassent valoir le caractère distinctif de leur héritage culturel et historique respectif en tant que Métis et Premières nations, chaque groupe affirme que ces désavantages particuliers sont imputables à

exclusion from, the *Indian Act*. These disadvantages include: (i) a vulnerability to cultural assimilation, (ii) a compromised ability to protect their relationship with traditional homelands; (iii) a lack of access to culturally-specific health, educational, and social service programs, and (iv) a chronic pattern of being ignored by both federal and provincial governments. These submissions were clearly supported in the findings of the *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 3, *supra*, at p. 204:

In addition to the gap in health and social outcomes that separates Aboriginal and non-Aboriginal people, a number of speakers pointed to inequalities between groups of Aboriginal people. Registered (or status) Indians living on-reserve (sometimes also those living off-reserve) and Inuit living in the Northwest Territories have access to federal health and social programs that are unavailable to others. Since federal programs and services, with all their faults, typically are the only ones adapted to Aboriginal needs, they have long been a source of envy to non-status and urban Indians, to Inuit outside their northern communities, and to Métis people

and at p. 225:

Equity, as we use the term, also means equity among Aboriginal peoples. The arbitrary regulations and distinctions that have created unequal health and social service provision depending on a person's status as Indian, Métis or Inuit (and among First Nations, depending on residence on- or off-reserve) must be replaced with rules of access that give an equal chance for physical and social health to all Aboriginal peoples

71

Furthermore, the appellants have emphasized that these disadvantages have been exacerbated by continuing unfair treatment perpetuated by the stereotype that they are "less aboriginal", with the result that they are generally treated as being less worthy of recognition, and viewed as being disorganized and less accountable than other aboriginal peoples. In *Law, supra*, this Court affirmed that the

leur non-participation au régime établi par la *Loi sur les Indiens* ou à leur exclusion de ce régime. Parmi ces désavantages mentionnons: (i) la vulnérabilité à l'assimilation culturelle; (ii) l'affaiblissement de leur capacité de protéger leurs liens avec leurs territoires traditionnels; (iii) le manque d'accès à des programmes en matière de services sociaux, de soins de santé et d'éducation adaptés à leur culture; (iv) l'habitude des gouvernements fédéral et provinciaux de ne pas les prendre en compte. Ces observations étaient clairement étayées par les constatations suivantes du *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 3, *op. cit.*, aux pp. 229 et 230:

Un certain nombre d'intervenants ont signalé qu'à cet écart entre autochtones et non-autochtones sur les plans de la santé et des conditions de vie, viennent se greffer les inégalités qui existent entre divers groupes autochtones. Les Indiens inscrits qui vivent dans des réserves (et parfois ceux qui vivent hors réserve) et les Inuit des Territoires du Nord-Ouest ont accès, à la différence des autres groupes, aux programmes en matière de services sociaux et de soins de santé du gouvernement fédéral. Ces programmes fédéraux, malgré tous leurs défauts, sont habituellement les seuls qui soient adaptés aux besoins des autochtones, et cette situation fait l'envie des autochtones citoyens, des Indiens non inscrits, des Inuit vivant à l'extérieur de leurs communautés nordiques et des Métis. . .

et à la p. 253:

L'équité, dans le sens où nous l'entendons, veut également dire l'équité entre les peuples autochtones. Il faudra remplacer la réglementation et les distinctions arbitraires qui ont débouché sur la prestation de services sociaux et de santé différents mais inégaux, basée sur le statut — Indien, Métis ou Inuit — (et chez les Premières Nations, selon que la personne habite ou non dans une réserve), par des règles d'accès qui donnent à tous les peuples autochtones les mêmes possibilités en matière de santé physique et sociale. . .

En outre, les parties appelantes ont souligné que ces désavantages sont exacerbés par le traitement injuste continu que perpétue le stéréotype selon lequel elles seraient «moins autochtones», ce qui a pour résultat qu'elles sont généralement traitées comme étant moins dignes d'être reconnues et qu'elles sont considérées comme étant désorganisées et moins responsables que les autres peuples

existence of substantive discrimination was highly correlated with the existence of a stigmatizing stereotype. In essence, a stereotype is a “misconception whereby a person or, more often, a group is unfairly portrayed as possessing undesirable traits, or traits which the group, or at least some of its members, do not possess” (*Law, supra*, at para. 64).

In *Corbiere, supra*, this Court recognized the vulnerability of off-reserve First Nations band members to unfair treatment on the basis of that group being stereotyped as “less Aboriginal” than band members living on a reserve (*per* McLachlin and Bastarache JJ. at para. 18, and *per* L’Heureux-Dubé J. at paras. 71 and 92). While the appellants are situated differently from the *Corbiere* claimants, I accept that the appellants in this appeal are vulnerable to stereotyping in a similar and a somewhat related fashion.

The appellants have most certainly established pre-existing disadvantage, stereotyping, and vulnerability, and the Be-Wab-Bon appellants legitimately emphasized that “[f]urther inequities should not be layered upon these widely acknowledged unfair historical exclusions”. However, leaving aside as I must the arguments advanced relating to the potentially discriminatory or arbitrary nature of the exclusionary provisions of the *Indian Act*, the appellants have failed to establish that the First Nations Fund functioned by device of stereotype (*Law, supra*, at para. 102). Instead, as will be discussed below, this distinction corresponded to the actual situation of individuals it affects, and the exclusion did not undermine the ameliorative purpose of the targeted program. In short, the First Nations Fund does not conflict with the purpose of s. 15(1) and does not engage the remedial function of the equality right.

autochtones. Dans l’arrêt *Law*, précité, notre Cour a confirmé qu’il y avait une corrélation très étroite entre l’existence de discrimination réelle et l’existence d’un stéréotype stigmatisant. Essentiellement, un stéréotype est une «conception erronée à partir de laquelle une personne ou, la plupart du temps un groupe, est injustement dépeint comme possédant des caractéristiques indésirables, ou des caractéristiques que le groupe, ou au moins certains de ses membres, ne possède pas» (*Law*, précité, au par. 64).

Dans *Corbiere*, précité, notre Cour a reconnu que les membres hors réserve des Premières nations constituées en bandes sont vulnérables aux traitements injustes du fait qu’on attache à ce groupe le stéréotype que ses membres sont «moins autochtones» que les membres de bandes vivant dans des réserves (les juges McLachlin et Bastarache, au par. 18, et le juge L’Heureux-Dubé, aux par. 71 et 92). Bien que, dans le présent pourvoi, les parties appelantes ne soient pas dans la même situation que les demandeurs dans *Corbiere*, j’estime qu’elles sont également vulnérables aux stéréotypes et ce d’une manière assez connexe.

Les parties appelantes ont certes établi la préexistence d’un désavantage, de stéréotypes et d’une situation de vulnérabilité, et le groupe Be-Wab-Bon a à juste titre fait valoir qu’[TRADUCTION] «[i]l ne faut pas ajouter d’autres iniquités à ces exclusions historiques injustes et largement reconnues». Toutefois, faisant abstraction comme je me dois de le faire des arguments avancés relativement à la nature potentiellement discriminatoire ou arbitraire des dispositions exclusives de la *Loi sur les Indiens*, j’estime que les parties appelantes n’ont pas réussi à démontrer que le Fonds des Premières nations fonctionnait par l’application de stéréotypes (*Law*, précité, au par. 102). Au contraire, comme je vais l’expliquer plus loin, cette distinction correspond à la situation véritable des individus qu’elle touche, et l’exclusion ne compromet pas l’objet améliorateur du programme ciblé. Bref, le Fonds des Premières nations n’est pas incompatible avec l’objet du par. 15(1) et ne fait pas entrer en jeu la fonction réparatrice du droit à l’égalité.

72

73

(b) *Correspondence to the Needs, Capacities and Circumstances*b) *La correspondance aux besoins, aux capacités et à la situation*

74

As discussed above, the province and the First Nations bands agreed that the First Nations Fund revenues were to be directed to community development, health, education, economic development, and cultural development. However, in the context of the overall project, they had agreed to much more, and in order to understand fully the nature of this program and whether it corresponds with the actual circumstances of the appellants, there must be a recognition of how the First Nations Fund is embedded in the overall casino project. Specifically, it is critical to recognize that the province did not merely and unilaterally allocate this First Nations Fund from its general consolidated revenue pool. Rather, the First Nations Fund represents the proceeds of a partnered initiative designed to address several issues at once, namely: (i) to reconcile the differing positions of the province and First Nations bands with respect to the need to regulate reserve-based gambling activities, (ii) to support the development of a government-to-government relationship between First Nations bands and the provincial government, as a concretization of the SPR, and (iii) to ameliorate the social, cultural and economic conditions of band communities.

Comme je l'ai indiqué précédemment, la province et les Premières nations constituées en bandes ont convenu que les recettes du Fonds des Premières nations seraient affectées au développement communautaire, à la santé, à l'éducation ainsi qu'au développement économique et culturel. Cependant, les parties avaient convenu de beaucoup d'autres choses dans le contexte de l'ensemble du projet et, afin de saisir pleinement la nature de ce programme et de déterminer s'il correspond à la situation véritable des parties appelantes, il faut reconnaître comment le Fonds des Premières nations fait partie intégrante du projet de casino dans son ensemble. En particulier, il est essentiel de reconnaître que la province n'a pas simplement et unilatéralement créé ce Fonds au moyen de sommes prélevées sur le Trésor provincial. Au contraire, le Fonds est constitué des recettes d'une mesure qui a été établie en partenariat et vise à réaliser plusieurs objectifs en même temps, à savoir: (i) concilier les positions différentes de la province et des Premières nations constituées en bandes relativement à la nécessité de réglementer les activités de jeu dans les réserves; (ii) appuyer l'établissement de relations de gouvernement à gouvernement entre les Premières nations constituées en bandes et le gouvernement provincial en vue de donner effet au SPR; (iii) améliorer les conditions sociales, culturelles et économiques des communautés constituées en bandes.

75

The appellants have submitted that they have precisely the same need to ameliorate poor social, cultural and economic conditions in their communities. They also see the First Nations Fund as creating opportunities for advancing their self-government and recognition aspirations. Aside from any need to resolve the on-reserve gambling question, I accept that the needs of the appellants correspond to the needs addressed by the casino program, for both the appellant and respondent aboriginal communities face these same social problems. However, the correspondence consideration requires more than establishing a common

Les parties appelantes ont affirmé qu'elles avaient exactement le même besoin d'améliorer les piètres conditions sociales, culturelles et économiques qui existent dans leurs communautés. Elles considèrent également que le Fonds des Premières nations leur donne la possibilité de faire avancer leurs aspirations en matière de reconnaissance et d'autonomie gouvernementale. Mise à part la nécessité de régler la question du jeu dans les réserves, j'accepte que les besoins des parties appelantes correspondent aux besoins visés par l'établissement du casino, car tant les communautés autochtones appelantes que les commu-

need. If only a common need were the norm, governments would be placed in the untenable position of having to rank populations without paying any attention to the unique circumstances and capabilities of potential program beneficiaries. I turn, therefore, to a consideration of the correspondence between the actual needs, capacities, and circumstances on the one hand, and the program on the other. In so doing, it becomes evident that the appellant aboriginal communities have very different relations with respect to the land, government, and gaming from those anticipated by the casino program.

As highlighted in the factual and contextual section of these reasons, the casino was designed to be located on a reserve, and the respondents stressed the appropriateness of such a location since First Nations bands have encountered limited economic development opportunities as a result of certain *Indian Act* provisions which place constraints on the use of this land. Although the appellants are not subject to any statutory strictures on land use, they simply do not have the land-base anticipated by the casino program. Given the interaction of a number of historical factors, some relating to cultural traditions, and some directly relating to their exclusion from the *Indian Act* regime, these aboriginal communities are of a dispersed nature and do not hold title to a land-base identifiable as an aboriginal community centre.

There is no evidence of the Lovelace appellants' involvement in gaming activities, and, thus, no correspondence between the program's focus on resolving outstanding gambling issues with these aboriginal communities. The Be-Wab-Bon appel-

nautés autochtones intimées sont aux prises avec les mêmes problèmes sociaux. Toutefois, pour satisfaire au critère de la correspondance, il faut prouver davantage que l'existence d'un besoin commun. Si la seule existence d'un besoin commun constituait la norme, les gouvernements seraient placés dans une situation insoutenable, puisqu'ils devraient alors classer les populations sans tenir aucun compte de la situation et des capacités particulières des bénéficiaires potentiels du programme. Je vais donc examiner la correspondance entre les besoins, les capacités et la situation véritables d'une part, et le programme d'autre part. Il ressort clairement de cet examen que les communautés autochtones appelantes ont, à l'égard du territoire, du gouvernement et du jeu, des rapports très différents de ceux envisagés par le programme.

Comme il a été souligné dans la partie «Les faits et le contexte» des présents motifs, le projet de casino prévoyait que celui-ci serait construit dans une réserve, et les intimés ont insisté sur le caractère approprié du choix d'un tel emplacement puisque les Premières nations constituées en bandes n'ont que des possibilités de développement économique limitées en raison de certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui restreignent l'usage qui peut être fait des terres formant les réserves. Bien que les parties appelantes ne fassent pas l'objet de restrictions législatives en matière d'usage de leurs terres, elles ne disposent tout simplement pas de l'assise territoriale requise par le casino. Étant donné l'interaction d'un certain nombre de facteurs d'ordre historique, dont certains se rapportent aux traditions culturelles alors que d'autres sont directement liés à l'exclusion des parties appelantes du régime établi par la *Loi sur les Indiens*, ces communautés autochtones sont dispersées et ne détiennent aucun titre relatif à une assise territoriale qui pourrait être considérée comme le foyer d'une communauté autochtone.

Il n'y a aucune preuve de la participation des appelants Lovelace à l'exploitation d'activités de jeu et, par conséquent, aucune correspondance entre ces communautés autochtones et l'aspect du projet qui tend au règlement des questions litigieu-

lants, however, had undertaken their own gambling negotiations with provincial representatives. Internally, they established their own gaming commission and were talking to the government about T.V. bingo initiatives and the development of their own casino. These negotiations, however, were undertaken specifically on behalf of the Métis associations and there was no ongoing dispute regarding illegal gaming activities to be resolved.

78 With the exception of the Beaverhouse First Nation (which is seeking band status in affiliation with the Chiefs of Ontario), each of the appellant groups has been struggling to achieve government recognition as self-governing aboriginal communities. Importantly, they are seeking to achieve these goals outside of the *Indian Act* statutory framework. In short, they seek to be specifically recognized as Métis peoples and as First Nations, each with their own distinct traditions, history and culture. The First Nations bands, however, are clearly on a different path to self-government and the casino project is a single stepping stone on that path.

79 Although First Nations bands recognize certain difficulties with the *Indian Act*, they acknowledge that its impact has been woven into their history and identity. While I acknowledge that, albeit in a converse manner, *Indian Act* exclusion has impacted the appellant aboriginal communities with equally powerful social force, each of the respondent and appellant aboriginal communities has undertaken self-government initiatives reflecting their own particular relation to this regime.

80 To that end, the Lovelace appellants have made individual assertions and proposals on their right to self-government to the provincial government. Separately, the Métis appellants have pursued negotiations with the provincial government, and the province has responded by setting out specific

ses touchant ces activités. Par contre, les appelantes Be-Wab-Bon avaient entrepris des négociations relatives au jeu avec des représentants provinciaux et, à l'interne, elles avaient déjà établi leur propre commission du jeu. Elles étaient également en pourparlers avec le gouvernement au sujet de projets de bingo télévisé et de l'établissement de leur propre casino. Ces négociations ont toutefois été entreprises expressément au nom des associations métisses, et il n'existait aucun différend à résoudre en matière d'activités de jeu illégales.

À l'exception de la Première nation de Beaverhouse (qui sollicite la qualité de bande avec la collaboration des Chefs de l'Ontario), chacun des groupes appelants cherche à se faire reconnaître par le gouvernement comme communauté autochtone jouissant de l'autonomie gouvernementale. Fait important, ces groupes tentent de réaliser ces objectifs en dehors du cadre établi par la *Loi sur les Indiens*. Bref, ils visent à être reconnus expressément en tant que Métis et Premières nations, chaque peuple ayant des traditions, une histoire et une culture qui lui sont propres. Cependant, les Premières nations constituées en bandes sont clairement rendues à un point différent sur la voie de l'autonomie gouvernementale, et le casino ne constitue qu'une étape sur cette voie.

Quoique les Premières nations constituées en bandes admettent l'existence de certaines difficultés liées à la *Loi sur les Indiens*, elles reconnaissent que ses effets sont intégrés dans leur histoire et leur identité. Bien que je reconnaisse que, d'une manière inverse cependant, le fait de l'exclusion des communautés autochtones appelantes de la *Loi sur les Indiens* a sur celles-ci des conséquences sociales tout aussi importantes, chacune des communautés autochtones intimées et appelantes a lancé des initiatives en matière d'autonomie gouvernementale qui reflètent ses propres rapports avec le régime établi par cette loi.

À cette fin, les appelants Lovelace ont tous présenté au gouvernement provincial des revendications et propositions individuelles relativement à leur droit à l'autonomie gouvernementale. Séparément, les appelantes métisses ont entrepris des négociations avec le gouvernement provincial, et

guidelines in support of this relationship. In contrast, the First Nations bands pursued an agreement with the province which ultimately took the shape of the SPR, and which became a central basis for the casino development.

Thus, each aboriginal community has undertaken distinct self-government initiatives which reflect their respective distinctness as unique aboriginal communities. Chief Gordon Peters, a representative of the Chiefs of Ontario, offered the following comments about the need to respect these separate initiatives:

In general, the rights and interests of the First Nations represented by COO are qualitatively different from the rights and interests of other Aboriginal groups; for example, the Inuit and the Metis. These other Aboriginal groups clearly have rights of various kinds, some of which are protected by subsec. 35(1) of the *Canadian Constitution Act, 1982*. But these rights are not coincident or exactly the same as the rights of First Nations, i.e. the kind of communities represented by COO. The nature and extent of rights and jurisdictions enjoyed by different Aboriginal groups always depend on the particular circumstances.

In the usual course, COO and its First Nation constituency pursue their unique rights and issues on an independent basis. Activities are undertaken without any form of contact with other Aboriginal groups (Inuit and Metis). I believe the same holds true for the regular operations and activities of these other Aboriginal groups. Thus, COO and its First Nation constituency are not consulted by these other Aboriginal groups on a regular basis. This mode of doing business is a reflection of the fact that different rights, obligations, jurisdictions and issues are at stake. [Emphasis added.]

I must stress that the casino project is not only a targeted ameliorative program, it is a program that has developed on a partnered basis, with representatives of First Nations bands having had significant decision-making input at every step of the project's development. I emphasize the partnership because the casino arrangement must be distinguished from a universal or generally comprehen-

la province a réagi en établissant des lignes directives précises devant baliser ces rapports. Par comparaison, les Premières nations constituées en bandes ont négocié avec la province et signé, en bout de ligne, le SPR, qui est devenu un élément central de l'établissement du casino.

Chaque communauté autochtone a donc pris, en matière d'autonomie gouvernementale, des mesures distinctes reflétant son caractère distinctif en tant que communauté autochtone particulière. Le chef Gordon Peters, un des représentants des Chefs de l'Ontario, a fait les commentaires suivants au sujet de la nécessité de respecter ces mesures distinctes:

[TRADUCTION] En général, les droits et intérêts des Premières nations représentées par les Chefs de l'Ontario sont qualitativement différents de ceux des autres groupes autochtones, par exemple les Inuits et les Métis. Ces autres groupes autochtones ont manifestement des droits de diverses natures, dont certains sont protégés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* du Canada. Mais ces droits ne correspondent pas ni ne sont exactement identiques aux droits des Premières nations, c.-à-d. le genre de communautés représentées par les Chefs de l'Ontario. La nature et l'étendue des droits et compétences des différents groupes autochtones dépendent toujours des circonstances particulières.

Habituellement, les Chefs de l'Ontario et les Premières nations qu'ils représentent cherchent à faire valoir de façon indépendante les droits et questions qui leurs sont propres. Des activités sont entreprises sans aucune forme de communication avec les autres groupes autochtones (Inuits et Métis). Je crois que cela s'applique aussi aux activités ordinaires de ces autres groupes autochtones. Par conséquent, les Chefs de l'Ontario et les Premières nations qu'ils représentent ne sont pas consultés régulièrement par ces autres groupes autochtones. Cette façon de faire reflète le fait que des droits, obligations, compétences et questions de nature différente sont en jeu. [Je souligne.]

Je dois souligner que le projet de casino est non seulement un programme améliorateur ciblé, mais également un programme qui a été élaboré en partenariat avec les représentants des Premières nations constituées en bandes, qui ont participé activement aux décisions prises à chaque étape de l'élaboration du projet. J'insiste sur ce partenariat parce que les arrangements concernant le casino

sive benefits program. Given the input from the bands communities, it is not surprising that there is a very high degree of correspondence between the program and the actual needs, circumstances, and capacities of the bands. And yet, the appellants submit that the program does not precisely correspond to the actual circumstances of the bands, since (i) there are a number of Chiefs of Ontario members who do not have reserve lands or registered band status, and (ii) generally, significant numbers of band members do not live on-reserve.

83

While I would agree that, where the claimant group is disadvantaged the correspondence requirement is more exacting (*Law, supra*, at para. 106), I do not find that either of the above submissions put forward by the appellants serves to diminish the degree of required correspondence. Firstly, I do not view the so-called “near-band” membership of the respondent Chiefs of Ontario as “leakage” or reflecting a lack of correspondence. The record has established that these communities are seeking recognition and self-government in concert with the band communities. Indeed, according to current government policy, if they are to succeed in attaining registration they must do so on the basis of establishing very close relationships and alliances with existing bands. Secondly, as this Court recognized in *Corbiere, supra*, it is not reasonable to view the scope and breadth of a band community as being limited simply to those members living on-reserve. While there are most certainly compelling local interests on the reserve, off-reserve band members maintain meaningful participation in band affairs (*Corbiere, supra, per McLachlin and Bastarache JJ.* at para. 18).

(c) *Ameliorative Purpose*

84

In setting out the relevance of this contextual factor in *Law, supra*, reference was made to a situ-

doivent être distingués des programmes d’avantages universels ou généralement accessibles. Étant donné la participation des communautés constituées en bandes, le degré très élevé de correspondance entre le programme et les besoins, la situation et les capacités véritables des bandes n’a rien d’étonnant. Pourtant, les parties appelantes soutiennent que le programme ne correspond pas précisément à la situation véritable des bandes pour les raisons suivantes: (i) un certain nombre de membres des Chefs de l’Ontario n’ont pas de terres de réserve ou ne sont pas des bandes inscrites; (ii) de façon générale, un nombre appréciable de membres des bandes ne vivent pas dans une réserve.

Quoique j’accepte que, lorsque le groupe demandeur est défavorisé, l’exigence de correspondance est plus rigoureuse (*Law, précité*, au par. 106), je n’estime pas que l’un ou l’autre des deux arguments susmentionnés des parties appelantes ait pour effet de diminuer le degré de correspondance requis. Premièrement, je ne considère pas le fait que certains des membres des Chefs de l’Ontario intimés soient des [TRADUCTION] «bandes en devenir» comme une «singularité» ou comme le reflet d’une absence de correspondance. Le dossier a établi que ces communautés recherchent leur reconnaissance et leur autonomie gouvernementale de concert avec les communautés constituées en bandes. D’ailleurs, selon la politique gouvernementale actuelle, ces communautés doivent, pour obtenir leur inscription comme bandes, établir des relations et des alliances très étroites avec des bandes existantes. Deuxièmement, comme notre Cour l’a reconnu dans l’arrêt *Corbiere, précité*, il n’est pas raisonnable de considérer qu’une communauté constituée en bande se compose uniquement des membres habitant la réserve. Bien qu’il existe des intérêts de nature locale impérieux, les membres hors réserve d’une bande continuent de participer concrètement aux affaires de la bande (*Corbiere, précité*, les juges Bastarache et McLachlin, au par. 18).

c) *L’objet améliorateur*

Dans les explications données dans l’arrêt *Law, précité*, relativement à la pertinence de ce facteur

ation where a relatively more advantaged claimant was excluded from a targeted ameliorative program. Specifically, where the ameliorative purpose or effect of such a program accords with the purpose of s. 15(1) of the *Charter*, the exclusion will likely not violate the human dignity of more advantaged individuals where the exclusion of these more advantaged individuals largely corresponds to the greater need or the different circumstances experienced by the disadvantaged group being targeted by the legislation (*Law, supra*, at para. 72). In *Law*, the Court also affirmed that ameliorative legislation designed to benefit the population in general, yet which excludes historically disadvantaged claimants, will “rarely escape the charge of discrimination” (*Law, supra*, at para. 26; *Vriend, supra*, per Cory J. at paras. 94-104). Specifically, in *Vriend, supra*, the Court considered the approach to underinclusivity as it arises in more comprehensive schemes as compared to underinclusive targeted programs. Cory J. stated, at para. 96:

The comprehensive nature of the Act [human rights legislation] must be taken into account in considering the effect of excluding one ground from its protection. It is not as if the Legislature had merely chosen to deal with one type of discrimination. In such a case it might be permissible to target only that specific type of discrimination and not another. This is, I believe, the type of case to which L’Heureux-Dubé J. was referring in the comments she made in *obiter* in her dissenting reasons in *McKinney* (at p. 436): “in my view, if the provinces chose to enact human rights legislation which only prohibited discrimination on the basis of sex, and not age, this legislation could not be held to violate the *Charter*”. . . . Those comments contemplated a type of legislation different from that at issue in this case, namely, legislation which seeks to address one specific problem or type of discrimination. The case at bar presents a very different situation. It is concerned with legislation that purports to provide comprehensive protection from discrimination for all individuals in Alberta. The selective exclusion of one group from that comprehensive protection therefore has a very different effect. [Emphasis added.]

This appeal raises yet another situation where both the claimant and the targeted group are equally disadvantaged, and although this scenario

contextuel, on a fait référence à la situation où un demandeur relativement plus favorisé serait exclu d’un programme améliorateur ciblé. En particulier, lorsque l’objet ou l’effet améliorateur d’un tel programme est compatible avec l’objet du par. 15(1) de la *Charte*, l’exclusion ne portera vraisemblablement pas atteinte à la dignité humaine de personnes plus favorisées lorsque leur exclusion concorde largement avec les besoins plus grands ou la situation différente du groupe défavorisé ciblé par la loi (*Law*, précité, au par. 72). Dans *Law*, notre Cour a aussi confirmé que des dispositions législatives amélioratrices qui visent la population en général mais excluent des demandeurs historiquement défavorisés seront «presque toujours taxées de discriminatoires» (*Law*, précité, au par. 26; *Vriend*, précité, le juge Cory, aux par. 94 à 104). Plus précisément, dans *Vriend*, précité, notre Cour a examiné la démarche relative au caractère trop limitatif appliquée aux régimes plus complets comparativement aux programmes ciblés ayant un caractère trop limitatif. Le juge Cory a dit ceci, au par. 96:

Le fait que la Loi [relative aux droits de la personne] établit un régime complet doit être pris en considération dans l’analyse de l’effet qu’a l’exclusion d’un motif de distinction illicite. Ce n’est pas comme si la législature avait simplement choisi de s’attaquer à un type de discrimination en particulier. En pareil cas, il aurait pu être acceptable de ne viser que ce type de discrimination, et pas les autres. C’est la situation à laquelle fait allusion, je crois, le juge L’Heureux-Dubé dans les remarques incidentes formulées dans son opinion dissidente dans l’arrêt *McKinney* (à la p. 436): «j’estime que si les provinces choisissaient d’adopter des lois sur les droits de la personne qui n’interdisent que la discrimination fondée sur le sexe et non sur l’âge, on ne pourrait dire que ces lois violent la *Charte*». [. . .] Ces remarques avaient trait à une loi d’un caractère différent de celle qui est contestée en l’espèce, savoir une loi visant un problème ou type particulier de discrimination. Les faits de la présente espèce sont très différents. Le texte législatif incriminé vise à assurer à chacun une protection complète contre la discrimination en Alberta. L’exclusion sélective d’un groupe en particulier de cette protection complète a donc un effet très différent. [Je souligne.]

Le présent pourvoi soulève une autre situation où tant le demandeur que le groupe ciblé sont également défavorisés, et quoique ce scénario n’ait

was not adverted to in *Law*, I think it is appropriate to extend the ameliorative purpose analysis to situations where disadvantage, stereotyping, prejudice or vulnerability describes the excluded group or individual. Taking such an approach ensures that the analysis remains focused on whether the exclusion conflicts with the purpose of s. 15(1), and directs us away from reducing the equality analysis to a simplistic measuring or balancing of relative disadvantage. Here, the focus of analysis is not the fact that the appellant and respondent groups are equally disadvantaged, but that the program in question was targeted at ameliorating the conditions of a specific disadvantaged group rather than at disadvantage potentially experienced by any member of society. In other words, we are dealing here with a targeted ameliorative program which is alleged to be underinclusive, rather than a more comprehensive ameliorative program alleged to be underinclusive.

86 Having said this, one must recognize that exclusion from a targeted or partnership program is less likely to be associated with stereotyping or stigmatization or conveying the message that the excluded group is less worthy of recognition and participation in the larger society.

87 The ameliorative purpose of the overall casino project and the related First Nations Fund has clearly been established. In particular, the First Nations Fund will provide bands with resources in order to ameliorate specifically social, health, cultural, education, and economic disadvantages. It is anticipated that the bands will be able to target the allocation of these monies within these specified areas, thereby increasing the fiscal autonomy of the bands. This aspect of the First Nations Fund is consistent with the related ameliorative purpose of supporting the bands in achieving self-government and self-reliance. Without a doubt, this program has been designed to redress historical disadvantage and contribute to enhancing the dignity and recognition of bands in Canadian society. Furthermore, both of the above ameliorative objectives

pas été évoqué dans *Law*, j'estime qu'il est approprié d'étendre l'analyse basée sur l'objet améliorateur aux situations où le désavantage, les stéréotypes, les préjugés ou la vulnérabilité caractérisent le groupe ou l'individu exclu. L'application d'une telle démarche fait en sorte que l'analyse s'attache à la question de savoir si l'exclusion est incompatible avec l'objet du par. 15(1), et elle nous empêche de réduire l'analyse relative à l'égalité à une évaluation ou mise en balance simpliste du désavantage relatif. En l'espèce, l'aspect central de l'analyse n'est pas le fait que les groupes appelants et intimés sont également défavorisés, mais que le programme en question vise à améliorer la situation d'un groupe défavorisé précis plutôt qu'à remédier à un désavantage dont pourrait souffrir tout membre de la société. En d'autres mots, nous sommes en présence d'un programme améliorateur ciblé auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif, et non d'un programme améliorateur plus complet auquel on reproche d'avoir un caractère trop limitatif.

Cela dit, il faut reconnaître qu'il est peu probable que le fait d'exclure un groupe d'un programme ciblé ou établi en partenariat ait pour effet d'associer à ce groupe des stéréotypes ou des stigmates ou encore de communiquer le message qu'il est moins digne de reconnaissance et d'intégration au sein de la société dans son ensemble.

L'objet améliorateur du projet de casino dans son ensemble et du Fonds des Premières nations a clairement été établi. En particulier, le Fonds fournira aux bandes des ressources en vue de remédier particulièrement aux désavantages sur les plans sociaux, culturels et économiques, ainsi qu'en matière de santé et d'éducation. On prévoit que les bandes seront en mesure d'affecter ces sommes à ces secteurs particuliers, accroissant ainsi leur autonomie financière. Cet aspect du Fonds des Premières nations est compatible avec l'objet améliorateur connexe qui est d'aider les bandes à réaliser l'autonomie gouvernementale et l'autosuffisance. Il ne fait aucun doute que ce programme a été conçu pour remédier au désavantage historique et contribuer à accroître la dignité et la reconnaissance des bandes au sein de la société canadienne.

can be met while, at the same time, ensuring that on-reserve commercial casino gaming is undertaken in compliance with the strict regulations applicable to the supervision of gaming activities. The First Nations Fund has, therefore, a purpose that is consistent with s. 15(1) of the *Charter* and the exclusion of the appellants does not undermine this purpose since it is not associated with a misconception as to their actual needs, capacities and circumstances.

(d) *Nature of the Interest Affected*

In *Egan, supra*, L'Heureux-Dubé J. explained that the essence of differential treatment cannot be fully appreciated without evaluating the economic, constitutional and societal significance of the interest adversely affected by the program in question (*Law, supra*, at para. 74). She stated, at paras. 63-64:

If all other things are equal, the more severe and localized the economic consequences on the affected group, the more likely that the distinction responsible for these consequences is discriminatory within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

Although a search for economic prejudice may be a convenient means to begin a s. 15 inquiry, a conscientious inquiry must not stop here. The discriminatory calibre of a particular distinction cannot be fully appreciated without also evaluating the constitutional and societal significance of the interest(s) adversely affected. Other important considerations involve determining whether the distinction somehow restricts access to a fundamental social institution, or affects a basic aspect of full membership in Canadian society (e.g. voting, mobility). Finally, does the distinction constitute a complete non-recognition of a particular group? It stands to reason that a group's interests will be more adversely affected in cases involving complete exclusion or non-recognition than in cases where the legislative distinction does recognize or accommodate the group, but does so in a manner that is simply more restrictive than some would like. [Emphasis in original.]

The claimants have stated that the exclusion from the First Nations Fund results in severe and localized economic and social consequences. They have also indicated that the conferral of this benefit

En outre, il est possible de réaliser ces deux objectifs améliorateurs, tout en s'assurant que les activités du casino commercial dans la réserve sont exercées conformément à la réglementation stricte applicable en matière de surveillance des activités de jeu. Le Fonds des Premières nations a donc un objet compatible avec le par. 15(1) de la *Charte*, et l'exclusion des parties appelantes ne compromet pas la réalisation de cet objet puisqu'elle n'est pas liée à une conception erronée de leurs besoins, capacités et situation véritables.

d) *La nature du droit touché*

Dans l'arrêt *Egan*, précité, le juge L'Heureux-Dubé a expliqué qu'on ne peut pas évaluer pleinement l'essence d'une différence de traitement sans mesurer l'importance économique, constitutionnelle et sociale du droit auquel le programme en question a porté atteinte (*Law*, précité, au par. 74). Elle a dit ceci, aux par. 63 et 64:

Toutes autres choses étant par ailleurs égales, plus les conséquences économiques ressenties par le groupe touché sont graves et localisées, plus il est probable que la distinction qui en est la cause soit discriminatoire au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

Bien que la recherche d'un préjudice économique puisse s'avérer un moyen commode d'entreprendre une analyse fondée sur l'art. 15, une analyse consciencieuse ne doit pas s'arrêter là. On ne peut évaluer pleinement le caractère discriminatoire d'une distinction donnée sans également mesurer l'importance, sur le plan de la constitution et de la société, du droit auquel il a été porté atteinte. D'autres facteurs importants permettent de déterminer si la distinction restreint de quelque façon l'accès à une institution sociale fondamentale ou compromet un aspect fondamental de la pleine appartenance à la société canadienne (par exemple, le droit de vote et de libre circulation). Enfin, la distinction a-t-elle pour effet d'ignorer complètement un groupe particulier? On peut penser que les droits du groupe qui est complètement exclu ou ignoré seront touchés plus gravement que si la distinction législative reconnaît ou accommode effectivement le groupe, de façon cependant plus limitée que certains le souhaiteraient. [Souligné dans l'original.]

Les demandeurs ont affirmé que leur exclusion du Fonds des Premières nations entraîne des conséquences socio-économiques graves et localisées. Ils ont également indiqué que la reconnaissance de

relates to a more constitutionally related interest in building self-reliant and recognized self-governing communities. We see, therefore, that the severe and localized economic interest is interwoven with a compelling interest in a fundamental social institution, namely recognition as self-governing aboriginal communities. However, I fail to see how the targeted arrangement and circumstances surrounding the First Nations Fund, including the special characteristics of First Nations bands as described above, results in any lack of recognition of the appellants as self-governing communities. To the extent that there is any such effect in this respect, I find it remote.

(e) *Conclusion on Discrimination*

90

Thus, applying the contextual factors discussed above, I find that the appellants have failed to demonstrate that, viewed from the perspective of the reasonable individual, in circumstances similar to those of the appellants, the exclusion from the First Nations Fund has the effect of demeaning the appellants' human dignity. There are important differences among First Nations bands, Métis communities and non-band First Nations, and as stated by L'Heureux-Dubé J. in *Corbiere, supra*, at para. 94, "[t]aking into account, recognizing, and affirming differences between groups in a manner that respects and values their dignity and difference are not only legitimate, but necessary considerations in ensuring that substantive equality is present in Canadian society." Again, I acknowledge that the appellant aboriginal communities have experienced layer upon layer of exclusion and discrimination.

91

It is not surprising that the applicability of s. 15(2) to targeted programs was raised as a question in this appeal. The respondents submit that s. 15(2) provides an alternative approach to deal-

cet avantage touche à un intérêt ayant un lien plus étroit avec la Constitution, savoir l'établissement de communautés autosuffisantes et reconnues comme titulaires de l'autonomie gouvernementale. Par conséquent, nous constatons que l'intérêt économique grave et localisé est intimement lié à un intérêt impérieux dans une institution sociale fondamentale, savoir la reconnaissance en tant que communautés autochtones jouissant de l'autonomie gouvernementale. Je ne vois toutefois pas comment les mesures ciblées et les circonstances entourant le Fonds des Premières nations, notamment les caractéristiques spéciales des Premières nations constituées en bandes décrites précédemment, ont pour effet d'empêcher les parties appelantes d'être reconnues comme des communautés titulaires de l'autonomie gouvernementale. Dans la mesure où un tel effet existe, j'estime qu'il est ténu.

e) *Conclusion relative à la discrimination*

Par conséquent, appliquant les facteurs contextuels examinés plus tôt, j'estime que les parties appelantes n'ont pas démontré que, considérée du point de vue de la personne raisonnable qui serait dans une situation analogue à la leur, leur exclusion du Fonds des Premières nations a pour effet de porter atteinte à leur dignité humaine. Il existe d'importantes différences entre les Premières nations constituées en bandes, les communautés métisses et les Premières nations non constituées en bandes, et, comme a dit le juge L'Heureux-Dubé dans *Corbiere*, précité, au par. 94, «[l]a prise en compte, la reconnaissance et la confirmation des différences qui existent entre divers groupes d'une manière qui respecte et valorise leur dignité et leur différence sont des considérations non seulement légitimes mais également nécessaires afin de garantir l'égalité réelle des droits dans la société canadienne.» Encore une fois, je reconnais que les communautés autochtones appelantes ont, de façon répétée, été victimes d'exclusion et de discrimination.

Il n'est pas surprenant que la question de l'applicabilité du par. 15(2) aux programmes ciblés ait été soulevée dans le présent pourvoi. Les intimés plaident que le par. 15(2) permet d'appliquer diffé-

ing with the discrimination analysis and, in this case, acts to protect ameliorative programs by restricting the s. 15 review to a consideration of whether the claimants fell outside the ameliorative object of the program. The respondents are concerned that the *Charter* must be interpreted as providing a way to support the government's ability to create programs with embedded distinctions which support the amelioration of the precise circumstances of targeted groups. On the other hand, the appellants submit that, if s. 15(2) was applicable to this case, that analysis should be focused on whether there is a correspondence between the program and the needs addressed. They submit that simply drawing a line around a group of intended beneficiaries may improperly immunize discriminatory government action.

We have seen, however, that both of these concerns are fully addressed by the s. 15(1) contextual analysis outlined above. Specifically, my consideration of the correspondence factor has addressed the appellants' worry by requiring an examination of the relationship between the differential treatment and the specific needs, capacities and circumstances of the claimants and the bands. The respondents' concerns have also been addressed by the in-depth consideration of the ameliorative purpose, where it was determined that this program had a purpose consistent with s. 15(1) which was not undermined by targeting the different circumstances experienced by the First Nations bands. But all this brings me to an examination of the relationship between ss. 15(1) and 15(2) of the *Charter*.

D. *The Interrelationship Between Sections 15(1) and 15(2)*

1. Background

The Court of Appeal decided the case on the basis of s. 15(2) and much of the argument the Court heard was based on that subsection. In that light, I believe it is important to comment on the

remment l'analyse relative à la discrimination et que, en l'espèce, il a pour effet de protéger les programmes améliorateurs en limitant le contrôle auquel ils sont assujettis au regard de l'art. 15 à la question de savoir si les demandeurs ne sont pas visés par l'objet améliorateur du programme. Les intimés soulignent que la *Charte* doit être interprétée d'une manière propre à appuyer la capacité du gouvernement de créer des programmes établissant des distinctions qui favorisent l'amélioration de la situation précise des groupes ciblés. Pour leur part, les parties appelantes affirment que si le par. 15(2) s'appliquait en l'espèce cette analyse devrait s'attacher à déterminer s'il y a correspondance entre le programme et les besoins visés. Elles prétendent que le fait de simplement circonscrire le groupe de bénéficiaires visés pourrait avoir pour effet d'immuniser à tort une mesure gouvernementale discriminatoire.

Cependant, nous avons vu que l'analyse contextuelle fondée sur le par. 15(1) qui a été exposée précédemment tient pleinement compte de ces deux préoccupations. En particulier, mon analyse du facteur de la correspondance répond à la préoccupation des parties appelantes en ce qu'elle commande l'examen du lien entre, d'une part, le traitement différent et, d'autre part, les besoins, les capacités et la situation spécifiques des demandeurs et des bandes. Les préoccupations des intimés sont également prises en compte grâce à l'examen approfondi de l'objet améliorateur, qui a permis de déterminer que ce programme a un objet compatible avec le par. 15(1), objet qui n'est pas compromis par le ciblage des situations différentes vécues par les Premières nations constituées en bandes. Tout cela m'amène maintenant à l'examen de la corrélation entre les par. 15(1) et 15(2) de la *Charte*.

D. *La corrélation entre les par. 15(1) et 15(2)*

1. Le contexte

La Cour d'appel a tranché l'affaire sur le fondement du par. 15(2), et une large part des arguments présentés à notre Cour étaient fondés sur cette disposition. Sous cet éclairage, j'estime important de

relationship between ss. 15(1) and 15(2). This Court has not defined the scope or content of s. 15(2) of the *Charter*, at least not as a substantive or independently applicable subsection of s. 15. However, s. 15(2) has played an important role in the evolution of s. 15 jurisprudence. In particular, s. 15(2) provides a basis for the firm recognition that the equality right is to be understood in substantive rather than formalistic terms (see *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 163 and 169; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at pp. 991-92; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1993] 2 S.C.R. 872, at p. 877; *Eaton, supra*, at paras. 66-67; and *Law, supra*, at paras. 3 and 46). Having accepted the substantive approach, the Court has interpreted s. 15(1) not only to prevent discrimination but also to play a role in promoting the amelioration of the conditions of disadvantaged persons.

94

In developing this substantive approach to the equality interest, the Court has on occasion adverted to the language of s. 15(2). Indeed, in this Court's very first consideration of s. 15(1) in *Andrews, supra*, McIntyre J. used s. 15(2) as an interpretive aid for understanding s. 15(1). He stated, at p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component . . . It must be recognized, however, as well that the promotion of equality under s. 15 has a much more specific goal than the mere elimination of distinctions. If the *Charter* was intended to eliminate all distinctions, then there would be no place for sections such as 27 (multicultural heritage); 2(a) (freedom of conscience and religion); 25 (aboriginal rights and freedoms); and other such provisions designed to safeguard certain distinctions. Moreover, the fact that identical treatment may frequently produce serious inequality is recognized in s. 15(2), which states that the equality rights in s. 15(1) do "not preclude any law, program or

commenter la corrélation entre les par. 15(1) et 15(2). Notre Cour n'a défini ni la portée ni le contenu du par. 15(2) de la *Charte*, du moins pas en tant que disposition substantielle de l'art. 15. ou paragraphe applicable de façon indépendante. Toutefois, le par. 15(2) a joué un rôle important dans l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 15. De façon plus particulière, le par. 15(2) permet de reconnaître avec autorité le fait que le droit à l'égalité doit recevoir une interprétation substantielle plutôt que formaliste (voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, aux pp. 163 et 169; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 991 et 992; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1993] 2 R.C.S. 872, à la p. 877; *Eaton*, précité, aux par. 66 et 67; et *Law*, précité, aux par. 3 et 46). Ayant retenu l'approche fondée sur la substance, notre Cour a donné du par. 15(1) une interprétation propre non seulement à empêcher la discrimination, mais également à favoriser l'amélioration de la situation des personnes défavorisées.

Dans l'élaboration de cette approche substantielle à l'égard du droit à l'égalité, notre Cour s'est à l'occasion référée au texte du par. 15(2). D'ailleurs, la toute première fois que notre Cour a examiné le par. 15(1), dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre a utilisé le par. 15(2) en tant qu'outil d'interprétation du par. 15(1). Il a dit ceci, à la p. 171:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important[. . .] Cependant, il faut reconnaître que favoriser l'égalité au sens de l'art. 15 vise un but plus précis que la simple élimination de distinctions. Si la *Charte* avait pour objet d'éliminer toutes les distinctions, des dispositions comme l'art. 27 (maintien du patrimoine multiculturel), l'al. 2a) (liberté de conscience et de religion), l'art. 25 (maintien des droits et libertés des autochtones) et les autres dispositions destinées à sauvegarder certaines distinctions n'auraient alors plus leur place. De plus, le fait qu'un traitement identique puisse souvent engendrer de graves inégalités est reconnu par le par. 15(2) qui stipule que les droits à

activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups” [Emphasis added.]

A year later, Wilson J., in her dissenting reasons in *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, also made reference to the language of s. 15(2) as supporting s. 15(1)’s applicability to protect differential treatment focused on ameliorating the conditions of disadvantaged persons (at pp. 474-75):

. . . at the very least the purpose of this section [15(2)] is to enshrine the notion of the viability, indeed the necessity, of measures designed to redress the drastic effects of discrimination. By its terms s. 15(2) informs us that measures aimed at ameliorating the conditions of those who are disadvantaged because of such personal characteristics as race, sex and age (those in other words who have been the victims of discrimination) are constitutionally permissible. In this way subsection (2) strengthens the notion adopted by this Court in *Andrews . . .*, that what lies at the heart of the equality guarantee is protection from discrimination. [Emphasis added.]

These are just two examples of how the language of s. 15(2) has provided interpretive assistance in the development of the discrimination analysis in s. 15(1). However, the respondents have argued, and the Ontario Court of Appeal has agreed, that s. 15(2) has an independent role to play within s. 15. Although agreeing that s. 15(2) is integral to the meaning of the equality interest in s. 15, the respondents submit that s. 15(2) must play an independent role in situations involving a targeted ameliorative program. In effect, they have urged this Court to accept that s. 15(2) can act to pre-empt or limit the s. 15(1) scrutiny.

Consequently, we are confronted with two competing approaches to understanding the application of s. 15(2) and its relationship with s. 15(1). On the one hand, s. 15(2) is regarded as an interpretive aid to s. 15(1); providing conceptual depth and clarity

l’égalité contenus au par. 15(1) n’ont «pas pour effet d’interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés» [Je souligne.]

L’année suivante, dans ses motifs dissidents dans l’arrêt *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, le juge Wilson a également mentionné que le texte du par. 15(2) étayait l’applicabilité du par. 15(1) pour protéger les différences de traitements visant à améliorer la situation de personnes défavorisées (aux pp. 474 et 475):

. . . pour le moins cet article [le par. 15(2)] a pour objet d’inscrire dans la Charte la notion de la pertinence, et même de la nécessité, des mesures destinées à corriger les graves effets de la discrimination. Par ses termes mêmes, le par. 15(2) nous assure de la constitutionnalité des mesures destinées à améliorer la situation de ceux qui sont défavorisés en raison de caractéristiques personnelles telles que leur race, leur sexe ou leur âge (en d’autres termes, ceux qui ont été victimes de la discrimination). De cette façon le par. (2) renforce la notion adoptée par cette Cour dans l’arrêt *Andrews* [. . .], selon laquelle la garantie d’égalité vise essentiellement à protéger contre la discrimination. [Je souligne.]

Il ne s’agit que de deux exemples de la manière dont le texte du par. 15(2) a servi d’outil d’interprétation dans l’élaboration de l’analyse relative à la discrimination au regard du par. 15(1). Toutefois, les intimés ont avancé l’argument — d’ailleurs retenu par la Cour d’appel de l’Ontario — que le par. 15(2) joue un rôle indépendant au sein de l’art. 15. Même s’ils reconnaissent que le par. 15(2) est essentiel à la compréhension du sens du droit à l’égalité garanti à l’art. 15, les intimés affirment que le par. 15(2) doit jouer un rôle indépendant dans les affaires mettant en cause un programme améliorateur ciblé. De fait, ils ont exhorté notre Cour à accepter que le par. 15(2) peut avoir pour effet d’empêcher ou de limiter l’examen fondé sur le par. 15(1).

En conséquence, nous sommes en présence de deux façons opposées de voir l’application du par. 15(2) et son rapport avec le par. 15(1). Selon un point de vue, le par. 15(2) est considéré comme un outil d’interprétation du par. 15(1), qui appro-

95

96

97

on the substantive nature of equality. On the other hand, s. 15(2) is seen as an exemption or a defence to the applicability of the s. 15(1) discrimination analysis.

98

The tension between these competing perspectives on the interpretation and applicability of s. 15(2) is reflected in a number of inconsistent lower court decisions on the proper approach to s. 15(2). Taking the exemptive approach, Simonsen J. in *Manitoba Rice Farmers Association v. Human Rights Commission (Manitoba)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92 (Q.B.), held that an ameliorative program designed for an identifiable disadvantaged group could be saved under s. 15(2) if the government could establish that the program was rationally designed in order to redress the cause of the disadvantage (at pp. 101-2). In other words, the s. 15(2) analysis was not only capable of being independently triggered, but it also imported and displaced the justification analysis from s. 1 of the *Charter*. In *Willocks, supra*, Watt J. also felt that s. 15(2) works to exempt any finding of a s. 15(1) violation. However, Watt J. focused his analysis on considering whether the distinctions tied to the ameliorative program created "gross unfairness" (p. 571).

99

Still another interpretation originates from the decision of the Ontario Court of Appeal in *Roberts, supra*. Although that case dealt with s. 14(1) of the Ontario *Human Rights Code*, that provision was seen to have the same purpose as s. 15(2) of the *Charter* and both provisions should, therefore, be interpreted in a congruent manner (at p. 405). Weiler J.A., for the majority, found that s. 14(1) of the Ontario *Human Rights Code* had two purposes: (i) the exemption of affirmative action programs from review, and (ii) the promotion of substantive equality. However, given the need to promote substantive equality, s. 14(1) could only be invoked as an exemptive clause in situations where a rational

fondit et éclaire la nature substantielle de la notion d'égalité. Dans l'autre cas, le par. 15(2) est considéré comme une exemption de l'application de l'analyse relative à la discrimination fondée sur le par. 15(1) ou un moyen de défense à cet égard.

Le conflit entre ces points de vue opposés sur l'interprétation et l'applicabilité du par. 15(2) se reflète dans bon nombre de décisions divergentes de juridictions inférieures relativement à l'approche appropriée à l'égard du par. 15(2). Appliquant l'approche fondée sur l'exemption dans *Manitoba Rice Farmers Association c. Human Rights Commission (Manitoba)* (1987), 50 Man. R. (2d) 92 (B.R.), le juge Simonsen a décidé qu'un programme améliorateur visant un groupe défavorisé identifiable peut être sauvegardé par l'application du par. 15(2) si le gouvernement peut démontrer que le programme est rationnellement conçu pour remédier à la cause du désavantage (aux pp. 101 et 102). En d'autres mots, l'analyse fondée sur le par. 15(2) pouvait non seulement être déclenchée de façon indépendante, mais elle avait également pour effet d'appliquer et de remplacer l'analyse relative à la justification de l'article premier de la *Charte*. Dans *Willocks*, précité, le juge Watt a aussi estimé que le par. 15(2) avait pour effet d'empêcher de conclure à la violation du par. 15(1). Cependant, le juge Watt a centré son analyse sur l'examen de la question de savoir si les distinctions liées au programme améliorateur créaient une [TRADUCTION] «injustice flagrante» (p. 571).

Une autre interprétation découle de l'arrêt *Roberts*, précité, de la Cour d'appel de l'Ontario. Quoiqu'il s'agisse d'une affaire portant sur le par. 14(1) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, il a été jugé que cette disposition avait le même objet que le par. 15(2) de la *Charte* et donc que ces deux dispositions devaient être interprétées de manière correspondante (à la p. 405). S'exprimant pour la majorité, le juge Weiler a estimé que le par. 14(1) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario visait deux objets: (i) exempter du contrôle judiciaire les programmes de promotion sociale; (ii) favoriser l'égalité réelle. Cependant, en raison de la nécessité de favoriser l'égalité réelle,

connection exists between the prohibited ground of discrimination and the program (see also *Silano v. The Queen in Right of British Columbia* (1987), 42 D.L.R. (4th) 407 (B.C.S.C.)). In contrast to *Manitoba Rice Farmers, supra*, the *Roberts* approach did not demand that the government demonstrate the program's effectiveness.

The "rational connection" test outlined in *Roberts, supra*, squarely matches the approach to examining the "correspondence factor" embedded in the s. 15(1) analysis outlined above. I am not at all surprised by this conceptual parallel since the *Roberts* analysis begins with the premise that ameliorative programs are generally to be regarded as consistent with s. 14(1)'s goal of promoting substantive equality. It is precisely this same premise which grounds my approach to understanding the interrelationship between ss. 15(1) and 15(2) and, for the reasons outlined below, I find that s. 15(2) can be understood as confirming the substantive equality approach of s. 15(1). However, in view of emerging equality jurisprudence, it is worth emphasizing that I do not foreclose the possibility that s. 15(2) may be independently applicable to a case in the future.

Colleen Sheppard, in *Litigating the Relationship Between Equity and Equality* (1993), a study paper prepared for the Ontario Law Reform Commission, pointed out that interpreting s. 15(2) as an exemption or defence requires the courts to inappropriately frame equity programs as constituting *prima facie* violations of s. 15(1). Such a view is inconsistent with the substantive equality analysis and encourages a negative approach to ameliorative programs. In this regard, she stated at p. 2:

... equity programs should be understood as integral to, and consistent with, legal guarantees of equality for

le par. 14(1) ne pouvait être invoqué à titre de clause d'exemption que dans les cas où il existe un lien rationnel entre le motif de distinction illicite et le programme (voir, également, *Silano c. The Queen in Right of British Columbia* (1987), 42 D.L.R. (4th) 407 (C.S.C.-B.)). Contrairement à l'approche appliquée dans *Manitoba Rice Farmers, précité*, celle retenue dans *Roberts* n'exigeait pas que le gouvernement démontre l'efficacité du programme.

Le critère du «lien rationnel» énoncé dans *Roberts, précité*, correspond en tous points à la méthode d'examen du «facteur de la correspondance» qui fait partie intégrante de l'analyse relative au par. 15(1) exposée précédemment. Je ne suis aucunement surpris de ce parallèle conceptuel puisque l'analyse établie dans *Roberts* part de la prémisse que les programmes améliorateurs doivent généralement être considérés compatibles avec l'objet du par. 14(1) qui est de favoriser l'égalité réelle. C'est précisément sur cette même prémisse que repose mon approche concernant la corrélation entre les par. 15(1) et 15(2), et, pour les motifs qui suivent, j'estime que le par. 15(2) peut être considéré comme ayant pour effet de confirmer l'approche relative à l'égalité réelle du par. 15(1). Toutefois, à la lumière de la jurisprudence récente en matière d'égalité, il convient de souligner que je n'écarte pas la possibilité que le par. 15(2) puisse s'appliquer de façon indépendante dans une éventuelle affaire.

Dans une étude préparée pour la Commission de réforme du droit de l'Ontario et intitulée *Litigating the Relationship Between Equity and Equality* (1993), Colleen Sheppard a souligné que l'interprétation du par. 15(2) en tant que mesure d'exemption ou moyen de défense oblige les tribunaux à poser à tort que les programmes d'équité constituent à première vue des violations du par. 15(1). Un tel point de vue est incompatible avec l'analyse relative à l'égalité réelle et encourage une attitude négative envers les programmes améliorateurs. À cet égard, elle a dit ce qui suit à la p. 2:

[TRADUCTION] ... les programmes d'équité devraient être considérés comme faisant partie intégrante des

historically disadvantaged groups in society, thereby rejecting the view that affirmative action is a source of discrimination. Thus, affirmative action is presented as an expression of equality, rather than an exception to it.

and at p. 20:

“(A)ny law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups”, which is the phrase used in section 15(2) of the *Charter*, should be understood as an elucidation of what equality is all about, rather than the threshold question for delineating exceptions to equality. Treating special programs to remedy disadvantages as exceptions to equality, rather than expressions of it, allows judges to uphold such programs while continuing to adhere to a formal understanding of equality. . . .”

102

On the other hand, Mark A. Drumbl and John D. R. Craig argue that s. 15(2) should be viewed as a defence to a s. 15(1) violation since s. 15(2), properly construed, is concerned with promoting state action beyond the substantive equality requirement set out in s. 15(1) (i.e., the creation of affirmative action programs) (“Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)” (1997), 4 *Review of Constitutional Studies* 80). Specifically, at p. 85, these authors explain:

. . . section 15(1) already gives effect to the principle of substantive equality within the Canadian constitutional framework, section 15(2) must permit some forms of state action which pursue objectives beyond what is commonly understood as substantive equality. Any other conclusion would render section 15(2) redundant. This conclusion is reinforced by the broad wording of section 15(2), since the provision seemingly immunizes from constitutional review any governmental law or program which has the *objective* of improving the circumstances of members of a ‘have-not’ category, even if the law or program imposes substantial burdens on other persons, including other ‘have-nots.’ Assuming this to be true, then the scope of section 15(2) could

garanties légales d’égalité en faveur des groupes historiquement défavorisés dans la société et comme étant compatibles avec ces garanties, ce qui écarterait l’opinion que la promotion sociale est une source de discrimination. Suivant cette façon de voir, la promotion sociale est présentée comme une manifestation de l’égalité plutôt que comme une exception à l’égalité.

et à la p. 20:

«(L)es lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d’individus ou de groupes défavorisés», pour reprendre les termes utilisés au par. 15(2) de la *Charte*, devraient être interprétés comme une explication de ce que qu’englobe l’égalité réelle, plutôt que comme le critère préliminaire balisant des exceptions à l’égalité. Le fait de traiter les programmes spéciaux qui visent à remédier aux désavantages comme des exceptions à l’égalité, plutôt que comme des manifestations de cette dernière, permet aux juges de confirmer la validité de ces programmes tout en continuant d’adhérer à une interprétation classique de l’égalité. . . .»

De leur côté, Mark A. Drumbl et John D. R. Craig prétendent que le par. 15(2) devrait être considéré comme un moyen de défense à une violation du par. 15(1), car, suivant l’interprétation qu’il convient de donner au par. 15(2), cette disposition vise à encourager la prise par l’État de mesures qui vont au-delà de l’exigence d’égalité réelle prescrite au par. 15(1) (c.-à-d. la création de programmes de promotion sociale) («Affirmative Action in Question: A Coherent Theory for Section 15(2)” (1997), 4 *Revue d’études constitutionnelles* 80). Plus précisément, ces auteurs donnent les explications suivantes, à la p. 85:

[TRADUCTION] . . . le paragraphe 15(1) donne déjà effet au principe de l’égalité réelle dans le cadre constitutionnel canadien, le paragraphe 15(2) doit permettre certaines interventions étatiques qui visent des objectifs allant au-delà de ce qui est communément considéré comme étant l’égalité réelle. Toute autre conclusion rendrait le paragraphe 15(2) superflu. Cette conclusion est renforcée par le libellé général du paragraphe 15(2), puisque cette disposition semble soustraire au contrôle constitutionnel les lois ou programmes gouvernementaux ayant pour *objectif* d’améliorer la situation des membres d’une catégorie de «démunis», même si la loi ou le programme en cause impose un fardeau important à d’autres personnes, y compris d’autres «démunis». À supposer que ce soit le cas, il s’ensuit que la portée du paragraphe 15(2) pourrait s’étendre considérablement

extend considerably beyond the principle of substantive equality. [Emphasis in original.]

Accepting this perspective, however, means adopting a limited understanding of what is meant by substantive equality and, more importantly, an approach that would regressively narrow the scope of s. 15(1)'s application. As outlined in the preceding s. 15(1) analysis, the s. 15(1) directed contextual analysis does not proceed on the basis of simplistic comparisons or categorizations of 'haves' and 'have-nots'. The authors' concern that s. 15(2) be made available in order to address the complexity of diversity in a continuum of disadvantage and privilege is adequately addressed in the s. 15(1) analysis which has fully integrated this holistic approach.

In this regard, Edward M. Iacobucci stated, in "Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution" (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 293, at p. 326:

The debate is whether section 15(2) *informs* the interpretation of section 15(1), which if true indicates that while section 15(2) is not absolutely necessary to establishing equality rights, it is important in determining the scope of the equality rights set out in section 15(1). Under this view, section 15(2) admittedly does not set out any new rights, but it is not redundant. [Emphasis in original.]

He goes on to say that the preferred view is recognizing s. 15(2) as an interpretive aid to s. 15(1), since taking the exemptive approach means that affirmative action programs are construed as somehow conflicting with the purpose of s. 15(1).

2. The Relationship Between Sections 15(1) and 15(2)

The plain meaning of the language in these subsections is consistent with the view that s. 15(2) is confirmatory and supplementary to s. 15(1). In this

au-delà du principe de l'égalité réelle. [En italique dans l'original.]

Retenir ce point de vue signifie toutefois adopter une acceptation limitée de l'égalité réelle et, fait plus important, à adopter une approche qui restreindrait de façon régressive le champ d'application du par. 15(1). Comme je l'ai exposé dans l'analyse relative au par. 15(1) qui précède, l'analyse contextuelle balisée fondée sur le par. 15(1) ne repose pas sur de simplistes catégorisations ou comparaisons sur la base de groupes «nantis» et groupes «démunis». Le souci des auteurs que le par. 15(2) puisse être invoqué afin de pouvoir remédier à la complexité créée par la diversité au moyen d'un continuum de désavantages et de privilèges est adéquatement pris en considération dans l'analyse relative au par. 15(1), qui a complètement intégré cette approche globale.

À cet égard, Edward M. Iacobucci a dit ce qui suit dans «Antidiscrimination and Affirmative Action Policies: Economic Efficiency and the Constitution» (1998), 36 *Osgoode Hall L.J.* 293, à la p. 326:

[TRADUCTION] La question qui se pose est de savoir si le paragraphe 15(2) *contribue* à l'interprétation du paragraphe 15(1), fait qui, s'il est avéré, indique que, quoique le paragraphe 15(2) ne soit pas absolument nécessaire pour établir des droits à l'égalité, il est important dans la détermination de la portée des droits à l'égalité prévus par le paragraphe 15(1). Sous cet éclairage, le paragraphe 15(2) ne crée certes pas de nouveaux droits, mais il n'est pas superflu. [En italique dans l'original.]

L'auteur poursuit en indiquant que la solution qui est préférée est la reconnaissance du par. 15(2) en tant qu'outil d'interprétation du par. 15(1), puisque l'adoption de l'approche fondée sur l'exemption emporte que les programmes de promotion sociale sont considérés comme incompatibles dans une certaine mesure avec l'objet du par. 15(1).

2. La corrélation entre les par. 15(1) et 15(2)

Le sens manifeste du texte de ces paragraphes est compatible avec l'opinion que le par. 15(2) joue un rôle confirmatif et complémentaire

103

104

105

respect, it is clear that the s. 15(2) phrase “does not preclude” cannot be understood as language of defence or exemption. Rather, this language indicates that the normal reading of s. 15(1) includes the kind of special program under review in this appeal. Indeed, Walter S. Tarnopolsky noted that the drafters of s. 15 added s. 15(2) out of “excessive caution”, intending to bolster the substantive equality approach in s. 15(1), since, at the time the *Charter* was being drafted, there was a worry that affirmative action programs would be over-turned on the basis of reverse discrimination (“The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 242; *Re MacVicar and Superintendent of Family & Children Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (B.C.S.C.); and Helena Orton, “Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter since Andrews” (1990), 19 *Man. L.J.* 288, at p. 299). In short, s. 15(2) is referenced to the s. 15(1) subsection and there is no language of exemption; on its face s. 15(2) describes the scope of the s. 15(1) equality right (Iacobucci, *supra*, at p. 328, fn. 85).

vis-à-vis du par. 15(1). À cet égard, il est clair que l’expression «n’a pas pour effet d’interdire» figurant au par. 15(2) ne peut pas être interprétée comme énonçant une exemption ou un moyen de défense. Au contraire, cette formulation indique que l’interprétation normale du par. 15(1) inclut le genre de programme spécial en litige dans le présent pourvoi. De fait, Walter S. Tarnopolsky a souligné que les rédacteurs de l’art. 15 ont ajouté le par. 15(2) dans un souci de [TRADUCTION] «prudence excessive», en vue de renforcer l’approche fondée sur l’égalité réelle envisagée au par. 15(1), car, au moment de la rédaction de la *Charte*, on craignait que les programmes de promotion sociale soient jugés invalides pour cause de discrimination à rebours («The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 *R. du B. can.* 242; *Re MacVicar and Superintendent of Family & Children Services* (1986), 34 D.L.R. (4th) 488 (C.S.C.-B.); et Helena Orton, «Section 15, Benefits Programs and Other Benefits at Law: The Interpretation of Section 15 of the Charter since Andrews» (1990), 19 *Man. L.J.* 288, à la p. 299). En résumé, on rattache le par. 15(2) au par. 15(1) et le texte du par. 15(2) ne parle aucunement d’exemption; à première vue, le par. 15(2) décrit la portée du droit à l’égalité garanti au par. 15(1) (Iacobucci, *loc. cit.*, à la p. 328, note 85).

106

I would also note in stating that s. 15(2) acts as an interpretive aid to s. 15(1) that such an interpretation ensures the internal coherence of the *Charter* as a working statute. A similar conclusion was made in relation to the *Charter* mobility right in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157. In that case the Court was asked whether ss. 6(2)(b) and 6(3)(a) of the *Charter* were to be read together as establishing an internally qualified right, or whether s. 6(2)(b) establishes a self-contained right which was only externally qualified by s. 6(3)(a). In deciding that these provisions were interpretively interdependent, Iacobucci and Bastarache JJ. commented as follows (at para. 54):

J’affirme que le par. 15(2) est un outil servant à interpréter le par. 15(1), et je souligne qu’une telle interprétation assure la cohérence interne de la *Charte* en tant que loi d’application. Une conclusion similaire a été tirée relativement à la liberté de circulation et d’établissement prévue par la *Charte* dans l’arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157. Dans cette affaire, on demandait à notre Cour si les al. 6(2)(b) et 6(3)(a) de la *Charte* devaient être interprétés en corrélation et considérés comme établissant un droit intrinsèquement restreint ou si l’al. 6(2)(b) établissait un droit autonome assujéti aux seules limites extrinsèques établies par l’al. 6(3)(a). Estimant que ces dispositions étaient interdépendantes en matière d’interprétation, les juges Iacobucci et Bastarache ont fait les commentaires suivants (au par. 54):

In our view, using s. 6(3)(a) as an independent saving provision is redundant and potentially confusing. This Court has recognized that the mobility right articulated in s. 6(2)(b) must be read in light of the discrimination provision contained in s. 6(3)(a) or else be manifestly too broad, given the heading "Mobility Rights". Once this interpretive interdependence is recognized, it is more coherent to read the two sections together as defining a single right, rather than one right which is externally "saved" by another. . . . The discrimination provision should be fully integrated into an understanding of the purpose and scope of the mobility right described in s. 6(2)(b). Section 6(3)(a) is not a "saving" provision in the way in which s. 6(3)(b), s. 6(4) or s. 1 of the Charter are, since none of these sections is essential to defining the purpose of the sections they limit. [Emphasis added.]

Finally, Drumbl and Craig, *supra*, conceded that treating s. 15(2) as an exception or defence would render s. 1 of the *Charter* redundant (at p. 122). Such an approach would be inconsistent with the overall structure of the *Charter*, and consequently it is preferable, as was the case in *Canadian Egg Marketing Agency, supra*, to recognize the interpretive interdependence of ss. 15(1) and 15(2).

In summary, at this stage of the jurisprudence, I see s. 15(2) as confirmatory of s. 15(1) and, in that respect, claimants arguing equality claims in the future should first be directed to s. 15(1) since that subsection can embrace ameliorative programs of the kind that are contemplated by s. 15(2). By doing that one can ensure that the program is subject to the full scrutiny of the discrimination analysis, as well as the possibility of a s. 1 review. However, as already stated, we may well wish to reconsider this matter at a future time in the context of another case.

À notre avis, utiliser l'al. 6(3)a en tant que disposition de sauvegarde indépendante est redondant et susceptible d'engendrer de la confusion. Notre Cour a reconnu que la liberté de circulation et d'établissement décrite à l'al. 6(2)b doit être interprétée en fonction de la disposition en matière de discrimination contenue à l'al. 6(3)a, sinon elle sera manifestement trop large, vu la rubrique «Liberté de circulation et d'établissement». Une fois que l'existence de cette interdépendance en matière d'interprétation est reconnue, il est plus logique d'interpréter les deux dispositions conjointement comme définissant un seul droit, plutôt qu'un droit «sauvegardé» de façon externe par un autre droit. [. . .] La disposition en matière de discrimination devrait faire partie intégrante de l'interprétation de l'objet et de la portée de la liberté de circulation et d'établissement décrite à l'al. 6(2)b. L'alinéa 6(3)a n'est pas une disposition «de sauvegarde» au même titre que le sont l'al. 6(3)b, le par. 6(4), ou encore l'article premier de la *Charte*, étant donné qu'aucune de ces dispositions n'est indispensable pour définir l'objet des articles dont elles limitent la portée. [Je souligne.]

Enfin, Drumbl et Craig, *loc. cit.*, ont concédé que le fait de traiter le par. 15(2) comme une exception ou un moyen de défense rendrait superflu l'article premier de la *Charte* (à la p. 122). Une telle approche serait incompatible avec l'organisation globale de la *Charte*, de sorte qu'il est préférable de reconnaître l'interdépendance des par. 15(1) et 15(2) sur le plan de l'interprétation, comme notre Cour l'a fait pour les dispositions en cause dans *Office canadien de commercialisation des œufs*, précité.

En résumé, dans l'état actuel de la jurisprudence, je considère que le par. 15(2) confirme la portée du par. 15(1) et, à cet égard, les demandeurs qui présenteront dans le futur des demandes fondées sur le droit à l'égalité devraient d'abord invoquer le par. 15(1), puisque cette disposition vise les programmes améliorateurs du genre de ceux envisagés au par. 15(2). En agissant ainsi, ils s'assuront que le programme fera l'objet de l'examen approfondi effectué dans le cadre de l'analyse relative à la discrimination, en plus d'ouvrir la possibilité d'un examen fondé sur l'article premier. Toutefois, comme il a été dit plus tôt, il est bien possible que nous désirions réexaminer cette question ultérieurement, dans le contexte d'une autre affaire.

107

108

E. *The First Nations Fund Is Intra Vires the Province's Constitutional Jurisdiction*

109 While the appellants agree that s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867* does not preclude provincial programs aimed at aboriginal peoples or communities, they submit that the province has strayed into the field of exclusive federal jurisdiction by defining which groups of aboriginal peoples are "First Nations" for the purposes of the casino project. In short, they argue that this approach has undermined the "Indianness" or aboriginality of non-status and Métis aboriginal communities.

110 This Court addressed the s. 91(24) federal jurisdiction in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, and, at para. 181, Lamer C.J. offered the following description of the core of that jurisdiction as it relates to the integrity of "Indianness":

... as I mentioned earlier, s. 91(24) protects a core of federal jurisdiction even from provincial laws of general application, through the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. That core has been described as matters touching on "Indianness" or the "core of Indianness" (*Dick*, *supra*, at pp. 326 and 315; also see *Four B*, *supra*, at p. 1047 and *Francis*, *supra*, at pp. 1028-29). The core of Indianness at the heart of s. 91(24) has been defined in both negative and positive terms. Negatively, it has been held to not include labour relations (*Four B*) and the driving of motor vehicles (*Francis*). The only positive formulation of Indianness was offered in *Dick*. Speaking for the Court, Beetz J. assumed, but did not decide, that a provincial hunting law did not apply *proprio vigore* to the members of an Indian band to hunt and because those activities were "at the centre of what they do and what they are" (at p. 320). But in *Van der Peet*, I described and defined the aboriginal rights that are recognized and affirmed by s. 35(1) in a similar fashion, as protecting the occupation of land and the activities which are integral to the distinctive aboriginal culture of the group claiming the

E. *Le Fonds des Premières nations n'outrepasse pas la compétence reconnue à la province par la Constitution*

Quoique les parties appelantes reconnaissent que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne fait pas obstacle aux programmes provinciaux visant les peuples et les communautés autochtones, elles soutiennent que la province a empiété sur un champ de compétence fédérale exclusive en définissant quels groupes autochtones sont des «Premières nations» pour les fins du projet de casino. Bref, elles prétendent que cette démarche a porté atteinte à l'«indianité» ou autochtonité des communautés autochtones non inscrites et des communautés métisses.

Dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, notre Cour a examiné la compétence fédérale conférée par le par. 91(24) et, au par. 181, le juge en chef Lamer a décrit ainsi l'essentiel de cette compétence en ce qu'elle touche à l'intégrité de l'«indianité»:

... comme je l'ai mentionné plus tôt, le par. 91(24) protège l'essentiel de la compétence du fédéral, même contre les lois provinciales d'application générale, par l'application du principe de l'exclusivité des compétences. Il a été dit que ces éléments essentiels se rapportent à des questions touchant à la «quiddité indienne» ou au «fondement même de la quiddité indienne» (*Dick*, précité, aux pp. 326 et 315; voir aussi *Four B*, précité, à la p. 1047 et *Francis*, précité, aux pp. 1028 et 1029). On a défini l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24) en disant ce qu'il est et en disant ce qu'il n'est pas. Dans des exemples de cette dernière situation, on a statué que l'essentiel de l'indianité ne comprenait pas les relations de travail (*Four B*) ni la conduite de véhicules à moteur (*Francis*). Le seul exemple concret d'indianité a été donné dans l'arrêt *Dick*. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Beetz a tenu pour acquis, sans toutefois se prononcer sur la question, qu'une loi provinciale en matière de chasse ne s'appliquait pas d'elle-même aux membres d'une bande indienne lorsqu'ils chassent parce que ces activités étaient «au cœur même de leur existence et de leur être» (à la p. 320). Dans *Van der Peet*, toutefois, j'ai décrit et défini les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) d'une manière analogue, c'est-à-dire comme des droits protégeant l'occupation des terres et les activités qui font partie intégrante de la culture distinctive autochtone du

right. It follows that aboriginal rights are part of the core of Indianness at the heart of s. 91(24).

In my opinion there is nothing in the casino program affecting the core of the s. 91(24) federal jurisdiction. The Ontario government is simply using the definition of band found in the federal *Indian Act*. The province has done nothing to impair the status or capacity of the appellants as aboriginal peoples. Furthermore, in *Pamajewon*, *supra*, this Court found that gambling, or the regulation of gambling activities, is not an aboriginal right. Consequently, this casino program cannot have the effect of violating the rights affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, and does not approach the core of aboriginality. I agree with the Ontario Court of Appeal, therefore, that the casino program falls within the provincial spending power, and the province did not act in any way to encroach upon federal jurisdiction.

VII. Conclusions and Disposition

In the result, I would dismiss the appeal. In addition, I agree with the Ontario Court of Appeal that no costs should be ordered.

I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: Does the exclusion of the appellant aboriginal groups from the First Nations Fund, and from the negotiations on the establishment and operation of the Fund, set up pursuant to s. 15(1) of the *Ontario Casino Corporation Act, 1993*, S.O. 1993, c. 25, on the grounds that they are not aboriginal groups registered as *Indian Act* bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

groupe qui revendique le droit. Il s'ensuit que les droits ancestraux font partie de l'essentiel de l'indianité qui est au cœur du par. 91(24).

J'estime qu'aucun aspect du programme relatif au casino ne touche à l'essentiel de la compétence conférée au fédéral par le par. 91(24). Le gouvernement de l'Ontario utilise simplement la définition de «bande» qui se trouve dans la *Loi sur les Indiens fédérale*. La province n'a d'aucune façon porté atteinte à la qualité ou à la capacité des parties appelantes en tant que peuples autochtones. En outre, dans l'arrêt *Pamajewon*, précité, notre Cour a jugé que le jeu et la réglementation des activités de jeu ne reposaient pas sur un droit ancestral. En conséquence, le programme relatif au casino ne peut avoir pour effet de porter atteinte aux droits confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et il ne touche pas à l'essentiel de l'autochtonité. Je partage donc l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario que le programme relatif au casino relève du pouvoir de dépenser de la province et que la province n'a d'aucune manière empiété sur les compétences du fédéral.

VII. Conclusions et dispositif

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. En outre, je partage l'avis de la Cour d'appel de l'Ontario qu'aucune ordonnance relative aux dépens ne devrait être rendue.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

Question 1: L'exclusion des groupes autochtones appelants du Fonds des premières nations et des négociations sur l'établissement et l'exploitation du Fonds, créé conformément au par. 15(1) de la *Loi de 1993 sur la Société des casinos de l'Ontario*, L.O. 1993, ch. 25, pour le motif qu'ils ne sont pas des groupes autochtones inscrits comme bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, viole-t-elle l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

111

112

113

Question 2: If the answer to question No. 1 is yes, is the violation demonstrably justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: In view of the answer to Question 1, it is not necessary to answer this question.

Question 3: Is the exclusion of the appellant aboriginal groups from the First Nations Fund of the Casino Rama Project, and from the negotiations on the establishment and operation of the Fund on the grounds that they are not aboriginal groups registered as *Indian Act* bands under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, *ultra vires* the power of the province under the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellants Robert Lovelace et al.: Christopher M. Reid, Toronto.

Solicitors for the appellants Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association and the Ontario Métis Aboriginal Association: Sarlo O'Neill, Sault Ste. Marie.

Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen in right of Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the respondent the Chiefs of Ontario: Michael W. Sherry, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Deputy Attorney General of Canada.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: The Deputy Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Question 2: Si la réponse à la question n° 1 est affirmative, s'agit-il d'une violation dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Vu la réponse à la Question 1, il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

Question 3: L'exclusion des groupes autochtones appelants du Fonds des premières nations du projet Casino Rama et des négociations sur l'établissement et l'exploitation du Fonds, pour le motif qu'ils ne sont pas des groupes autochtones inscrits comme bandes au sens de la *Loi sur les Indiens* en vertu de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, outrepassé-t-elle les pouvoirs conférés à la province par la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Non.

Pourvoi rejeté.

Procureur des appelants Robert Lovelace et autres: Christopher M. Reid, Toronto.

Procureurs des appelantes Be-Wab-Bon Métis and Non-Status Indian Association et l'Association des Métis autochtones de l'Ontario: Sarlo O'Neill, Sault Ste. Marie.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intimé les Chefs de l'Ontario: Michael W. Sherry, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le sous-procureur général du Canada.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Le sous-procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the intervener the Mnjikaning First Nation: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitor for the intervener the Congress of Aboriginal Peoples: Marc J.A. LeClair, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Native Women's Association of Canada: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.

Solicitors for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Métis National Council of Women: Kathleen A. Lahey, Kingston.

Procureurs de l'intervenante la Première nation de Mnjikaning: McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Congrès des peuples autochtones: Marc J.A. LeClair, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des femmes autochtones du Canada: Eberts Symes Street & Corbett, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le Métis National Council of Women: Kathleen A. Lahey, Kingston.

INDEX

CIVIL RESPONSIBILITY

Securities dealers — Portfolio manager — Failure to comply with mandate — Mismanagement of portfolio of securities — Point in time when manager's liability ends — Obligation of client to mitigate damages — Quantum of damages.

LAFLAMME V. PRUDENTIAL-BACHE COMMODITIES CANADA LTD., 638.

CIVIL RIGHTS

Right to equality — Handicap — Employment — Subjective perception of handicap — Physical anomaly not resulting in functional limitation — Meaning of word "handicap" — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 10, 16.

QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) V. MONTRÉAL (CITY); QUEBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) V. BOISBRIAND (CITY), 665.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Minority language educational rights — Educational facility — Location of minority language schools — Right of management and control over educational facility — Whether minority language educational rights in s. 23 of Charter include right to instruction in educational facility located in specific area where numbers warrant provision of minority language instruction — Delineation of right of management and control exercised by minority language board regarding location of minority language schools — Minister of Education's discretion to approve board's decisions regarding minority language educational services.

ARSENAULT-CAMERON V. PRINCE EDWARD ISLAND, 3.

2. Division of powers — Securities — Provincial securities legislation allowing securities commission to require registered brokers in province to produce records "to assist in the administration of the securities laws of another jurisdiction" — Whether legislation *intra vires* province — Constitution Act, 1867, s. 92(13) — Securities Act, R.S.B.C. 1996, c. 418, s. 141(1)(b).

GLOBAL SECURITIES CORP. V. BRITISH COLUMBIA (SECURITIES COMMISSION), 494.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

3. Charter of Rights — Equality rights — Disabled persons — Canada Pension Plan disability pension — Plan providing for accommodation with respect to periods of minimum contribution for permanently disabled persons but not for temporarily disabled persons — Whether Plan infringing right to equality — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1) — Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, s. 44.

GRANOVSKY V. CANADA (MINISTER OF EMPLOYMENT AND IMMIGRATION), 703.

4. Division of powers — Criminal law power — Firearms — Licensing and registration of ordinary firearms — Whether licensing and registration provisions of Firearms Act *intra vires* Parliament — Constitution Act, 1867, s. 91(27) — Firearms Act, S.C. 1995, c. 39.

REFERENCE RE *Firearms Act* (CAN.), 783.

5. Charter of Rights — Equality rights — Indians — Proceeds of province's first reserve-based commercial casino to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under Indian Act — Whether province's decision to exclude non-band aboriginal communities from casino proceeds and from participating in the negotiations infringing s. 15(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

LOVELACE V. ONTARIO, 950.

6. Charter of Rights — Equality rights — Relationship between ss. 15(1) and 15(2) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

LOVELACE V. ONTARIO, 950.

7. Division of powers — Indians — Proceeds of province's first reserve-based commercial casino to be distributed only to Ontario First Nations communities registered as bands under Indian Act — Whether province's decision to exclude non-band aboriginal communities *ultra vires* — Whether province exercising its spending power — Constitution Act, 1867, s. 91(24).

LOVELACE V. ONTARIO, 950.

CONTRACTS

1. Sealed contracts — Intent — Evidence — Creation of sealed contract requiring intent to create instrument under seal —

CONTRACTS—Concluded

Whether attachment of corporate seal to agreement constitutes evidence of intent to create sealed instrument — Statutory provisions may render intent irrelevant.

FRIEDMANN EQUITY DEVELOPMENTS INC. V. FINAL NOTE LTD., 842.

2. Sealed contracts — Mortgages — Mortgage agreement entered into by corporation acting as agent of undisclosed principals — Mortgage executed under seal of corporation — Corporation defaulting on mortgage and mortgagee suing undisclosed principals — Common law rule preventing undisclosed principals from being sued on contract executed by their agent when contract executed under seal — Whether sealed contract rule applies to corporate agent — Whether sealed contract rule should be abolished.

FRIEDMANN EQUITY DEVELOPMENTS INC. V. FINAL NOTE LTD., 842.

CRIMINAL LAW

1. Sentencing — Conditional sentences — Accused pleading guilty to dangerous driving causing death and dangerous driving causing bodily harm and receiving sentence of 18 months of incarceration — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional custodial sentence for jail term — Proper interpretation and application of conditional sentencing regime — Distinction between conditional sentence of imprisonment and suspended sentence with probation — Meaning of “safety of the community” — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 742.1, 742.3.

R. v. PROULX, 61.

2. Sentencing — Conditional sentences — Accused convicted of indecent assault and gross indecency and receiving 21-month conditional sentence — Whether Court of Appeal erred in affirming trial judge’s decision to impose conditional sentence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

R. v. L.F.W., 132.

3. Sentencing — Conditional sentences — Accused convicted of sexual assault and invitation to sexual touching — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional sentence for jail term imposed by trial judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

R. v. R.N.S., 149.

4. Sentencing — Conditional sentences — Accused convicted of one count of sexual assault and two counts of common assault — Sentencing provisions and relevant facts changing after trial but prior to sentence appeal — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional sentence for jail term — Review of sentence

CRIMINAL LAW—Continued

imposed by Court of Appeal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 718.2.

R. v. R.A.R., 163.

5. Sentencing — Legislative amendments — Accused convicted of one count of sexual assault and two counts of common assault — Sentencing provisions changing after trial but prior to sentence appeal — Whether accused entitled to benefit from new sentencing provisions — Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 44(e).

R. v. R.A.R., 163.

6. Sentencing — Conditional sentences — Lawyer convicted of breach of trust — Whether Court of Appeal erred in substituting conditional sentence for two-year penitentiary term imposed by sentencing judge — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 742.1.

R. v. BUNN, 183.

7. Sentencing — Legislative amendment — Accused sentenced to two years’ incarceration — New legislation introducing conditional sentencing regime after trial but before appeal — Conditional sentence available when sentence of less than two years imposed — Whether accused eligible to conditional sentence on appeal.

R. v. BUNN, 183.

8. Sentencing — Conditional sentences — Aboriginal offenders — Accused convicted of sexual assault and sentenced to 20 months’ incarceration — Whether non-custodial sentence reasonable in circumstances where paramount sentencing objectives are denunciation and deterrence — Whether sentencing judge failed to take into account appropriate considerations in light of accused’s aboriginal status — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 718.2(e), 742.1.

R. v. WELLS, 207.

9. Charge to jury — Evidence of jailhouse informants — Failure to provide Vetrovec warning — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether Court of Appeal erred in concluding that trial judge failed to adequately instruct jury about unreliability with respect to informants’ testimonies.

R. v. BROOKS, 237.

10. Evidence — Jailhouse informants — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Whether evidence supported implied finding at trial that informants were trustworthy.

R. v. BROOKS, 237.

CRIMINAL LAW—Continued

11. Verdicts — Testimonies of two jailhouse informants introduced by Crown at trial — Accused convicted of first degree murder — Omission of caution to jury about unreliability with respect to informants' testimonies — Whether verdict would have been the same if caution had been given — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. BROOKS, 237.

12. Appeals — Supreme Court — Rights of appeal from substituted verdict — Accused convicted of second degree murder — Court of Appeal dismissing accused's appeal but substituting conviction for manslaughter — Whether Court of Appeal set aside conviction thereby providing Crown with right of appeal under s. 693(1) of Criminal Code — Whether Court of Appeal affirmed conviction thereby providing accused with right of appeal from conviction on substituted offence under s. 691(1) of Criminal Code — Whether there are co-existing rights of appeal for both accused and Crown from court of appeal order for substituted verdict — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

R. v. BINIARIS, 381.

13. Appeals — Supreme Court — Question of law — Whether reasonableness of verdict involves question of law within meaning of ss. 691(1) and 693(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

R. v. BINIARIS, 381.

14. Appeals — Supreme Court — Question of law — Whether reasonableness of verdict involves question of law within meaning of ss. 691(1) and 693(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

R. v. MOLODOWIC, 420.

15. Appeals — Supreme Court — Question of law — Whether reasonableness of verdict involves question of law within meaning of ss. 691(1) and 693(1) of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(1), 693(1).

R. v. A.G., 439.

16. Fresh evidence — Due Diligence — Competence of trial counsel — General approach to miscarriages of justice based on existence of fresh evidence — Fresh evidence available at trial but not adduced into evidence because of tactical decision of trial counsel — Whether due diligence criterion of test to admit fresh evidence met — Whether trial counsel was incompetent — Whether failure to use fresh evidence at trial resulted in miscarriage of justice.

R. v. G.D.B., 520.

17. Reasonableness of verdict — Standard of review — Standard of review applicable by reviewing court in examining reasonableness of verdict — Whether Yeves should be reaffirmed —

CRIMINAL LAW—Continued

Whether verdict was unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. BINIARIS, 381.

18. Reasonableness of verdict — Standard of review — Standard of review applicable by reviewing court in examining reasonableness of verdict — Whether Yeves should be reaffirmed — Whether verdict was unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. MOLODOWIC, 420.

19. Reasonableness of verdict — Standard of review — Standard of review applicable by reviewing court in examining reasonableness of verdict — Whether Yeves should be reaffirmed — Whether verdict was unreasonable — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(a)(i).

R. v. A.G., 439.

20. Sentencing — Mandatory minimum sentences — Robbery — Criminal Code providing for mandatory minimum sentence of four years where firearm used in commission of robbery — Whether sentencing judge may reduce minimum sentence to take into account pre-sentencing custody — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 344(a), 719(3).

R. v. ARRANCE, 488.

R. v. ARTHURS, 481.

R. v. WUST, 455.

21. Appeals — Appeals to Supreme Court of Canada — Application of curative proviso raising question of law — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. JOLIVET, 751.

22. Appeals — Powers of Court of Appeal — Accused convicted of murder — Whether trial judge erred in refusing to allow defence counsel to comment on Crown's failure to call previously announced witness — Whether majority of Court of Appeal erred in declining to apply curative proviso and ordering new trial — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

R. v. JOLIVET, 751.

23. Trial — Jury — Disclosure of evidence — Accused alleging that jury members had inappropriate contacts with police during their deliberations which called for stay of proceedings — Accused alleging that late disclosure of statement to police deprived him of right to make full answer and defence — Court of Appeal's rejection of accused's allegations upheld.

R. v. JOLIVET, 751.

CRIMINAL LAW—Concluded

24. Evidence — Sexual offences — Trial judge rejecting line of evidence sought to be adduced by accused — Accused convicted of sexual offences — No basis to interfere with trial judge's discretion to exclude evidence — Conviction affirmed.

R. v. A.R.B., 781.

25. Evidence — Fresh evidence — Battered-woman syndrome — Accused convicted of first degree murder in 1987 — Self Defence Review Committee appointed in 1995 to review cases of women convicted before Supreme Court's decision in Lavallee dealing with battered-woman syndrome — Committee interviewing accused and recommending that her case be referred to Court of Appeal — Court of Appeal asked to give opinion on whether information obtained by Committee admissible as fresh evidence — Court of Appeal finding information inadmissible as fresh evidence — Court of Appeal's judgment affirmed.

REFERENCE RE GRUENKE, 836.

26. Trial — Bias — Members of Indian band convicted of mischief for blockade of provincial highway — Trial judge's prior professional dealings with certain band members or groups while still a practising lawyer raising reasonable apprehension of bias — Convictions set aside and new trial ordered before different judge.

R. v. CATCHEWAY, 838.

27. Young Offenders — Confidentiality — Non-disclosure — Youth Court records — Youth Court routinely distributing copies of weekly Youth Court docket to local school boards — Whether Youth Court exceeded its jurisdiction — Whether distribution of Youth Court docket violated non-publication and non-disclosure requirements of Young Offenders Act — Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1, ss. 38, 40 to 46.

F.N. (RE), 880.

EVIDENCE

Fresh evidence — Motion to introduce fresh evidence of legislative fact — Concept of "legislative fact" not excuse to put before court controversial evidence without providing proper opportunity for its truth to be tested.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA V. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 44.

INSURANCE

1. Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Plaintiff bringing action against insured alleging battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty

INSURANCE—Concluded

— Policy containing exclusion for intentional acts of insured — Whether insurer has a duty to defend.

NON-MARINE UNDERWRITERS, LLOYD'S OF LONDON V. SCALERA, 551.

2. Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Optional endorsement for day care coverage containing exclusion for sexual molestation — Whether exclusion in endorsement implies coverage in general coverage provisions.

SANSALONE V. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO., 627.

3. Homeowner's insurance — Insurer's duty to defend — Plaintiff bringing action against insured alleging battery, negligent battery, negligent misrepresentation and breach of fiduciary duty — Policy containing exclusion for bodily injury caused intentionally by the insured — Whether insurer has a duty to defend.

SANSALONE V. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO., 627.

LABOUR LAW

Jurisdiction of arbitrator — Competing statutory regimes — Police officer — Disciplinary matters — Police officer resigning rather than facing discipline proceedings — Chief of Police refusing to accept officer's withdrawal of resignation — Union grieving decision under collective agreement and requesting arbitration — Matters of discipline and dismissal dealt with by adjudicative bodies set up under the Saskatchewan Police Act, 1990 and Regulations — Whether arbitrator had jurisdiction to hear dispute — Application of Weber test.

REGINA POLICE ASSN. INC. V. REGINA (CITY) BOARD OF POLICE COMMISSIONERS, 360.

LABOUR RELATIONS

Trade unions — Successor rights — Sale of a business — Town terminating contract with transportation company for operation of town's municipal transit system and commencing operation of system on its own — Company laying off workers involved in transit operations — Town hiring significant number of laid off workers — Ontario Labour Relations Board finding that sale of a business within meaning of successorship provision of Labour Relations Act had taken place — Whether Board's interpretation of successorship provision patently unreasonable — Labour Relations Act, R.S.O. 1990, c. L.2, s. 64.

AJAX (TOWN) V. CAW, LOCAL 222, 538.

MANDATE

Portfolio manager — Scope of mandate and point in time when it ends — Obligation of client to mitigate damages.

LAFLAMME V. PRUDENTIAL-BACHE COMMODITIES CANADA LTD., 638.

MUNICIPAL LAW

1. Building inspection — Negligence — Municipal liability — Duty of care — Homeowner engaging contractor to renovate house — Owner aware that building permit required in order to obtain inspection of work — Owner accepting contractor's advice to commence construction prior to obtaining building permit — Construction partially completed when permit obtained — Building inspectors unable to inspect critical aspect of construction and relying on contractor's assurances that it conformed to building code — Work proving defective — Owner paying for extensive repairs and suing municipality for negligent inspection — Whether municipality owed duty of care to owner in conducting inspection — Whether owner's conduct absolved municipality of all or part of its liability.

INGLES V. TUTKALUK CONSTRUCTION LTD., 298.

2. Decisions of municipalities — Standard of review applicable to municipality's decisions.

NANAIMO (CITY) V. RASCAL TRUCKING LTD., 342.

3. Powers of municipalities — Municipal resolutions — Validity — Nuisances — Removal of dangerous erections — Meaning of phrase "or other matter or thing" — Whether municipality had jurisdiction under Municipal Act to pass resolutions declaring pile of soil a nuisance and ordering its removal — Standard of review applicable to municipality's decisions — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 936.

NANAIMO (CITY) V. RASCAL TRUCKING LTD., 342.

NEGLIGENCE

Duty of care — Municipalities — Building inspection — Homeowner engaging contractor to renovate house — Owner aware that building permit required in order to obtain inspection of work — Owner accepting contractor's advice to commence construction prior to obtaining building permit — Construction partially completed when permit obtained — Building inspectors unable to inspect critical aspect of construction and relying on contractor's assurances that it conformed to building code — Work proving defective — Owner paying for extensive repairs and suing municipality for negligent inspection — Whether municipality

NEGLIGENCE—Concluded

owed duty of care to owner in conducting inspection — Whether owner's conduct absolved municipality of all or part of its liability.

INGLES V. TUTKALUK CONSTRUCTION LTD., 298.

PRACTICE

1. Supreme Court of Canada — Fresh evidence — Applicants seeking to introduce fresh evidence of legislative fact over objection — Controversial evidence — Fairness suggesting that applicants should be precise as to points sought to be established by fresh evidence and what is relied on in support thereof — Precision allowing court to better evaluate importance and weight of fresh evidence and enabling opposing counsel to evaluate extent of controversy posed by fresh evidence — Fresh evidence motion should include draft of paragraphs to be inserted in factum, with supporting references, in event motion successful.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA V. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 44.

2. Supreme Court of Canada — Fresh evidence — Due diligence — Motion to introduce fresh evidence cannot be justified solely on basis that new jurisprudence has given relevance to evidence available but not adduced at trial.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA V. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 44.

3. Supreme Court of Canada — Fresh evidence — Motion to introduce fresh evidence of legislative fact — Traditional test for admission of fresh evidence on appeal applicable — Fresh evidence test not met — Lack of due diligence to adduce part of fresh evidence — Fresh evidence not related in any precise way to propositions for which it is sought to be adduced — Fresh evidence could not affect result — Motion dismissed.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA V. ALBERTA (ATTORNEY GENERAL), 44.

TAXATION

Income tax — Deductions — Capital cost of property — Investment tax credit — Manufacturing or processing goods for sale — Taxpayer constructing its own asphalt plant — Asphalt produced by plant mostly used in taxpayer's own paving business but part of production sold to third parties — Whether capital cost of plant qualifies for investment tax credit under s. 127(5) of Income Tax Act and accelerated capital cost allowance under Class 39 of Schedule II of Income Tax Regulations — Whether asphalt plant primarily acquired for "manufacturing or processing goods for sale" — Meaning of "sale" — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72,

TAXATION—Concluded

c. 63, ss. 20(1)(a), 127(5), (9) “qualified property” — Income Tax Regulations, C.R.C. 1978, c. 945, Schedule II, Class 39.

WILL-KARE PAVING & CONTRACTING LTD. V. CANADA, 915.

TORTS

Intentional torts — Battery — Evidence — Burden of proof — Consent — Whether plaintiff must prove lack of consent.

NON-MARINE UNDERWRITERS, LLOYD’S OF LONDON V. SCALERA, 551.

SANSALONE V. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO., 627.

WORKERS’ COMPENSATION

1. Limitation of right of action — Employee’s back injured in course of employment — Employee experiencing continuing back

WORKERS’ COMPENSATION—Concluded

pain — Doctor who operated on employee providing substandard treatment — Employee’s action in negligence against doctor barred by workers’ compensation legislation.

KOVACH V. BRITISH COLUMBIA (WORKERS’ COMPENSATION BOARD), 55.

2. Limitation of right of action — Employee’s lungs injured in mining accident — Employee suffering second injury to his lungs three months later during biopsy surgery to assist in diagnosis and treatment of work injury — Employee’s action in negligence against doctors and health board barred by workers’ compensation legislation.

LINDSAY V. SASKATCHEWAN (WORKERS’ COMPENSATION BOARD), 59.

INDEX

ACCIDENTS DU TRAVAIL

1. Restriction au droit d'action — Employé blessé au dos dans l'exercice de ses fonctions — Employé éprouvant constamment des douleurs au dos — Employé soumis à un traitement de qualité inférieure par le médecin qui l'a opéré — Loi sur les accidents du travail interdisant l'action pour négligence intentée par l'employé contre le médecin.

KOVACH C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 55.

2. Restriction au droit d'action — Employé blessé aux poumons lors d'un accident dans une mine — Employé blessé une deuxième fois aux poumons trois mois plus tard pendant une biopsie effectuée en vue d'établir un diagnostic et de traiter la blessure survenue au travail — Loi sur les accidents du travail interdisant l'action pour négligence intentée par l'employé contre les médecins et le conseil de santé.

LINDSAY C. SASKATCHEWAN (WORKERS' COMPENSATION BOARD), 59.

ASSURANCE

1. Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Action intentée par la demanderesse contre l'assuré pour voies de fait, voies de fait imputables à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire — Exclusion de la garantie de la police prévue pour actes intentionnels de l'assuré — L'assureur a-t-il une obligation de défendre?

NON-MARINE UNDERWRITERS, LLOYD'S OF LONDON C. SCALERA, 551.

2. Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Action intentée par la demanderesse contre l'assuré pour voies de fait, voies de fait imputables à la négligence, déclaration inexacte faite par négligence et manquement à l'obligation fiduciaire — Exclusion de la garantie de la police d'assurance prévue pour préjudice corporel infligé intentionnellement par l'assuré — L'assureur a-t-il une obligation de défendre?

SANSALONE C. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO., 627.

3. Assurance propriétaires occupants — Obligation de défendre de l'assureur — Avenant facultatif pour services de garde prévoyant l'exclusion de la garantie en cas d'atteinte à la pudeur —

ASSURANCE—Fin

L'exclusion prévue dans l'avenant signifie-t-elle que la garantie s'applique dans les dispositions générales?

SANSALONE C. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO., 627.

CONTRATS

1. Contrats par actes scellés — Hypothèques — Acte d'hypothèque conclu par une société par actions agissant à titre de mandataire de mandants secrets — Acte d'hypothèque revêtu du sceau de la société par actions — Manquement à l'acte d'hypothèque par la société par actions et action intentée par le créancier hypothécaire contre les mandants secrets — Existence d'une règle de common law faisant obstacle à l'engagement de poursuites contre des mandants secrets sur le fondement d'un contrat conclu par leur mandataire lorsque ce contrat est revêtu d'un sceau — La règle du contrat par acte scellé s'applique-t-elle aux personnes morales agissant comme mandataires? — La règle du contrat par acte scellé devrait-elle être abolie?

FRIEDMANN EQUITY DEVELOPMENTS INC. C. FINAL NOTE LTD., 842.

2. Contrats par actes scellés — Intention — Preuve — La création d'un contrat par acte scellé exige l'intention de créer un acte scellé — L'apposition du sceau d'une personne morale sur un accord constitue-t-elle une preuve de l'intention de créer un acte scellé? — Des dispositions législatives peuvent avoir pour effet d'enlever toute pertinence à l'intention.

FRIEDMANN EQUITY DEVELOPMENTS INC. C. FINAL NOTE LTD., 842.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Droits à l'instruction dans la langue de la minorité — Établissement d'enseignement — Emplacement des écoles de la minorité linguistique — Droit de gestion et de contrôle des établissements d'enseignement — Les droits à l'instruction dans la langue de la minorité prévus à l'art. 23 de la Charte comprennent-ils le droit à l'instruction dans un établissement d'enseignement situé dans la région même où le nombre justifie la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité? — Détermination du droit de gestion et de contrôle exercé par la commission scolaire de la langue de la minorité en ce qui a trait à l'emplacement des écoles de la minorité linguistique — Pouvoir

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

discrétionnaire du ministre de l'Éducation d'approuver les décisions de la commission concernant les services d'enseignement dans la langue de la minorité.

ARSENAULT-CAMERON C. ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD, 3.

2. Partage des compétences — Valeurs mobilières — Loi provinciale sur les valeurs mobilières permettant à la commission des valeurs mobilières d'enjoindre à des courtiers inscrits dans la province de produire des documents «pour aider à appliquer les lois sur les valeurs mobilières d'un autre ressort» — Cette loi relève-t-elle de la compétence de la province? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13) — Securities Act, R.S.B.C. 1996, ch. 418, art. 141(1)b).

GLOBAL SECURITIES CORP. C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (SECURITIES COMMISSION), 494.

3. Charte des droits — Droits à l'égalité — Déficience — Pension d'invalidité du Régime de pensions du Canada — Accommodement relatif aux périodes de cotisation minimale prévu par le Régime dans les cas de déficience permanente mais non dans les cas de déficience temporaire — Le Régime porte-t-il atteinte au droit à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1) — Régime de pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 44.

GRANOVSKY C. CANADA (MINISTRE DE L'EMPLOI ET DE L'IMMIGRATION), 703.

4. Partage des pouvoirs — Compétence en matière de droit criminel — Armes à feu — Permis et enregistrement des armes à feu ordinaires — Les dispositions de la Loi sur les armes à feu relatives aux permis et à l'enregistrement sont-elles de la compétence du Parlement? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27) — Loi sur les armes à feu, L.C. 1995, ch. 39.

RENVOI RELATIF À LA *Loi sur les armes à feu* (CAN.), 783.

5. Charte des droits — Droits à l'égalité — Corrélation entre les art. 15(1) et 15(2) de la Charte canadienne des droits et libertés.

LOVELACE C. ONTARIO, 950.

6. Charte des droits — Droits à l'égalité — Indiens — Recettes du premier casino commercial situé dans une réserve de l'Ontario devant être distribuées seulement aux Premières nations de cette province inscrites comme bandes en vertu de la Loi sur les Indiens — Est-ce que la décision de la province d'exclure les communautés autochtones non constituées en bandes du partage des recettes et de la participation aux négociations contrevient à l'art. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés?

LOVELACE C. ONTARIO, 950.

7. Partage des compétences — Indiens — Recettes du premier casino commercial situé dans une réserve de l'Ontario devant être distribuées seulement aux Premières nations de cette province inscrites comme bandes en vertu de la Loi sur les Indiens — Est-ce

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

que la décision de la province d'exclure les communautés autochtones non constituées en bandes est ultra vires? — La province exerçait-elle son pouvoir de dépenser? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(24).

LOVELACE C. ONTARIO, 950.

DROIT CRIMINEL

1. Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — L'accusé a plaidé coupable à une accusation de conduite dangereuse ayant causé la mort et à une accusation de conduite dangereuse ayant causé des lésions corporelles et a été condamné à 18 mois d'incarcération — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en substituant l'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée initialement — Façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement — Distinction entre l'emprisonnement avec sursis et le sursis au prononcé de la peine avec probation — Sens de l'expression «sécurité de la collectivité» — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1, 742.3.

R. C. PROULX, 61.

2. Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Accusé déclaré coupable d'attentat à la pudeur et de grossière indécence et condamné à une peine d'emprisonnement de 21 mois avec sursis — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de prononcer l'emprisonnement avec sursis? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

R. C. L.F.W., 132.

3. Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et d'incitation à des contacts sexuels — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une ordonnance d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération infligée par le juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

R. C. R.N.S., 149.

4. Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Accusé déclaré coupable d'un chef d'agression sexuelle et de deux chefs de voies de fait simples — Changements survenus dans les dispositions relatives à la détermination de la peine et les faits pertinents après le procès mais avant l'appel visant la peine — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une ordonnance d'emprisonnement avec sursis à la peine d'incarcération qui avait été infligée? — Contrôle de la peine prononcée par la Cour d'appel — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2.

R. C. R.A.R., 163.

5. Détermination de la peine — Modifications législatives — Accusé déclaré coupable d'un chef d'agression sexuelle et de deux

DROIT CRIMINEL—Suite

chefs de voies de fait simples — Modification des dispositions relatives à la détermination de la peine après le procès mais avant l'appel visant la peine — L'accusé avait-il droit au bénéfice de l'application des nouvelles dispositions relatives à la détermination de la peine? — Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 44e).

R. C. R.A.R., 163.

6. Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Avocat déclaré coupable d'abus de confiance — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en substituant une peine d'emprisonnement avec sursis à la peine de deux ans d'incarcération infligée par le juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 742.1.

R. C. BUNN, 183.

7. Détermination de la peine — Modification législative — Accusé condamné à deux ans d'incarcération — Nouvelles dispositions législatives établissant après le procès mais avant l'appel de la peine le régime d'octroi du sursis à l'emprisonnement — Sursis à l'emprisonnement applicable lorsqu'une peine d'emprisonnement de moins de deux ans est infligée — L'accusé était-il admissible en appel à l'emprisonnement avec sursis?

R. C. BUNN, 183.

8. Détermination de la peine — Emprisonnement avec sursis — Délinquants autochtones — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle et condamné à 20 mois d'incarcération — Une sanction autre que l'incarcération est-elle justifiée dans les cas où la dénonciation et la dissuasion sont les objectifs primordiaux aux fins de détermination de la peine? — Le juge qui a déterminé la peine a-t-il omis de prendre en considération les facteurs appropriés eu égard au fait que l'accusé est un Autochtone? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 718.2e), 742.1.

R. C. WELLS, 207.

9. Exposé au jury — Témoignage d'informateurs dans un établissement de détention — Omission de faire une mise en garde de type Vetrovec — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en concluant que le juge du procès n'avait pas donné au jury des directives suffisantes sur la non-fiabilité du témoignage des informateurs?

R. C. BROOKS, 237.

10. Preuve — Informateurs dans un établissement de détention — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — La preuve était-elle la conclusion implicite au procès que les informateurs étaient dignes de foi?

R. C. BROOKS, 237.

DROIT CRIMINEL—Suite

11. Verdicts — Deux informateurs dans un établissement de détention appelés par le ministère public à témoigner au procès — Accusé déclaré coupable de meurtre au premier degré — Omission de mettre le jury en garde au sujet de la non-fiabilité du témoignage des informateurs — Le verdict aurait-il été le même si une mise en garde avait été faite? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1b)(iii).

R. C. BROOKS, 237.

12. Appels — Cour suprême — Droits d'appel contre une substitution de verdict — Accusé déclaré coupable de meurtre au deuxième degré — Cour d'appel rejetant l'appel de l'accusé mais substituant une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable — La Cour d'appel annule-t-elle une déclaration de culpabilité et confère-t-elle ainsi au ministère public un droit d'appel fondé sur l'art. 693(1) du Code criminel? — La Cour d'appel confirme-t-elle une déclaration de culpabilité et confère-t-elle ainsi à l'accusé le droit, en vertu de l'art. 691(1) du Code criminel, d'en appeler de la déclaration de culpabilité relative à l'infraction substituée? — L'accusé et le ministère public bénéficient-ils de droits coexistants d'interjeter appel contre une ordonnance de substitution de verdict rendue par une cour d'appel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

R. C. BINIARIS, 381.

13. Appels — Cour suprême — Question de droit — Le caractère raisonnable d'un verdict soulève-t-il une question de droit au sens des art. 691(1) et 693(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

R. C. BINIARIS, 381.

14. Caractère raisonnable du verdict — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict — L'arrêt Yeves devrait-il être confirmé de nouveau? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1a)(i).

R. C. BINIARIS, 381.

15. Appels — Cour suprême — Question de droit — Le caractère raisonnable d'un verdict soulève-t-il une question de droit au sens des art. 691(1) et 693(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

R. C. MOLODOWIC, 420.

16. Appels — Cour suprême — Question de droit — Le caractère raisonnable d'un verdict soulève-t-il une question de droit au sens des art. 691(1) et 693(1) du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1), 693(1).

R. C. A.G., 439.

17. Caractère raisonnable du verdict — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict — L'arrêt Yeves

DROIT CRIMINEL—Suite

devrait-il être confirmé de nouveau? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. C. MOLODOWIC, 420.

18. Caractère raisonnable du verdict — Norme de contrôle — Norme de contrôle applicable par le tribunal qui procède à l'examen du caractère raisonnable d'un verdict — L'arrêt Yebebs devrait-il être confirmé de nouveau? — Le verdict était-il déraisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)a)(i).

R. C. A.G., 439.

19. Détermination de la peine — Peines minimales obligatoires — Vol qualifié — Peine minimale obligatoire de quatre ans d'emprisonnement prévue par le Code criminel en cas d'usage d'une arme à feu lors d'un vol qualifié — Le tribunal qui détermine la peine peut-il réduire la peine minimale pour tenir compte de la période passée sous garde avant le prononcé de la sentence? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 344a), 719(3).

R. C. ARRANCE, 488.

R. C. ARTHURS, 481.

R. C. WUST, 455.

20. Élément de preuve nouveau — Diligence raisonnable — Compétence de l'avocat de la défense — Approche générale applicable en matière d'erreurs judiciaires lorsqu'il existe des éléments de preuve nouveaux — Élément de preuve nouveau disponible au moment du procès mais non produit par suite d'une décision d'ordre tactique de l'avocat de la défense — Le volet diligence raisonnable du critère relatif à l'admissibilité d'éléments de preuve nouveaux est-il respecté? — L'avocat de l'accusé au procès était-il incompétent? — L'omission d'utiliser l'élément de preuve nouveau au procès a-t-elle entraîné une erreur judiciaire?

R. C. G.D.B., 520.

21. Appels — Appels à la Cour suprême du Canada — L'application de la disposition réparatrice soulève une question de droit — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. JOLIVET, 751.

22. Appels — Pouvoirs de la Cour d'appel — Accusé reconnu coupable de meurtre — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant d'autoriser l'avocat de la défense à commenter l'omission du ministère public de faire entendre un témoin annoncé? — La Cour d'appel à la majorité a-t-elle commis une erreur en refusant d'appliquer la disposition réparatrice et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)b)(iii).

R. C. JOLIVET, 751.

23. Procès — Jury — Divulgence de la preuve — Allégation de l'accusé selon laquelle les membres du jury ont eu, pendant

DROIT CRIMINEL—Fin

leurs délibérations, des communications inappropriées avec des policiers, ce qui exigeait l'arrêt des procédures — Allégation de l'accusé selon laquelle la divulgation tardive d'une déclaration faite à la police l'a privé du droit de présenter une défense pleine et entière — Le rejet des allégations de l'accusé par la Cour d'appel est confirmé.

R. C. JOLIVET, 751.

24. Preuve — Infractions d'ordre sexuel — Juge du procès rejetant certains éléments de preuve que désirait présenter l'accusé — Accusé déclaré coupable d'infractions d'ordre sexuel — Absence de raison d'intervenir dans l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire d'écarter des éléments de preuve — Déclaration de culpabilité confirmée.

R. C. A.R.B., 781.

25. Preuve — Nouveaux éléments de preuve — Syndrome de la femme battue — Accusée déclarée coupable de meurtre au premier degré en 1987 — Comité d'examen de la légitime défense établi en 1995 pour examiner les déclarations de culpabilité prononcées contre des femmes avant l'arrêt Lavallee de la Cour suprême qui portait sur le syndrome de la femme battue — Accusée interviewée par le comité qui a recommandé le renvoi de son cas devant la Cour d'appel — Opinion de la Cour d'appel demandée relativement à la question de savoir si l'information obtenue par le comité était admissible comme élément de preuve nouveau — Information déclarée inadmissible comme élément de preuve nouveau par la Cour d'appel — Jugement de la Cour d'appel confirmé.

RENOVI RELATIF À GRUENKE, 836.

26. Procès — Partialité — Membres d'une bande indienne déclarés coupables de méfait pour avoir établi un barrage sur une autoroute provinciale — Crainte raisonnable de partialité découlant des rapports professionnels du juge du procès avec certains membres de la bande ou groupes au sein de celle-ci pendant qu'il exerçait le droit comme avocat — Déclarations de culpabilité annulées et nouveau procès devant un juge différent ordonné.

R. C. CATCHEWAY, 838.

27. Jeunes contrevenants — Confidentialité — Non-communication — Dossiers du tribunal pour adolescents — Un tribunal pour adolescents communiquait régulièrement des copies de son rôle aux commissions scolaires locales — A-t-il outrepassé sa compétence? — La distribution du rôle contrevenait-elle aux exigences de non-publication et de non-communication de la Loi sur les jeunes contrevenants? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 38, 40 à 46.

F.N. (RE), 880.

DROIT DU TRAVAIL

Compétence d'un arbitre — Régimes législatifs concurrents — Policier — Affaires disciplinaires — Policier ayant démissionné plutôt que de faire l'objet de procédures disciplinaires — Retrait de la démission du policier refusé par le chef de police — Grief déposé par le syndicat conformément à la convention collective et demande d'arbitrage — Questions de discipline et de renvoi relevant des instances décisionnelles créées sous le régime de la Police Act, 1990 de la Saskatchewan et de son règlement d'application — L'arbitre avait-elle compétence pour entendre le litige? — Application du critère établi dans l'arrêt Weber.

REGINA POLICE ASSN. INC. C. REGINA (VILLE) BOARD OF POLICE COMMISSIONERS, 360.

DROIT FISCAL

Impôt sur le revenu — Déductions — Coût en capital des biens — Crédit d'impôt à l'investissement — Fabrication ou transformation de marchandises à vendre — La contribuable a construit sa propre usine de fabrication d'asphalte — L'asphalte fabriqué à l'usine était surtout utilisé pour l'entreprise d'asphaltage de la contribuable, mais une partie de la production était vendue à des tiers — La contribuable peut-elle déduire le coût en capital de l'usine au titre du crédit d'impôt à l'investissement prévu à l'art. 127(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu et se prévaloir de la déduction pour amortissement accéléré selon la catégorie 39 de l'annexe II du Règlement de l'impôt sur le revenu? — L'usine de fabrication d'asphalte a-t-elle été acquise principalement pour «la fabrication ou la transformation de marchandises à vendre»? — Le sens du mot «vendre» — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20(1a), 127(5), (9) «bien admissible» — Règlement de l'impôt sur le revenu, C.R.C. 1978, ch. 945, annexe II, catégorie 39.

WILL-KARE PAVING & CONTRACTING LTD. C. CANADA, 915.

DROIT MUNICIPAL

1. Inspection du bâtiment — Négligence — Responsabilité des municipalités — Obligation de diligence — Entrepreneur engagé par le propriétaire d'une maison afin d'y faire des rénovations — Propriétaire au fait de la nécessité de se procurer un permis de construction afin d'obtenir l'inspection des travaux — Acceptation par le propriétaire du conseil de l'entrepreneur de commencer les travaux avant l'obtention du permis — Travaux partiellement terminés au moment de l'obtention du permis — Impossibilité pour les inspecteurs en bâtiment d'inspecter un élément essentiel des travaux — Acceptation par les inspecteurs des assurances données par l'entrepreneur quant à la conformité de cet ouvrage aux exigences du code du bâtiment — Ouvrage affecté de vices — Propriétaire tenu de faire effectuer d'importantes réparations — Action intentée par le propriétaire contre la municipalité pour inspection négligente — La municipalité était-elle tenue à une obligation de diligence envers le propriétaire dans l'exécution

DROIT MUNICIPAL—Fin

de l'inspection? — La conduite du propriétaire a-t-elle eu pour effet de dégager la municipalité de tout ou partie de sa responsabilité?

INGLES C. TUTKALUK CONSTRUCTION LTD., 298.

2. Décisions des municipalités — Norme de contrôle applicable aux décisions de la municipalité.

NANAIMO (VILLE) C. RASCAL TRUCKING LTD., 342.

3. Pouvoirs des municipalités — Résolutions municipales — Validité — Nuisances — Enlèvement de constructions dangereuses — Sens de l'expression «ou toute autre chose» — La Municipal Act confère-t-elle à la municipalité le pouvoir de voter des résolutions déclarant un tas de terre une nuisance et ordonnant son enlèvement? — Norme de contrôle applicable aux décisions de la municipalité — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 936.

NANAIMO (VILLE) C. RASCAL TRUCKING LTD., 342.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Droit à l'égalité — Handicap — Emploi — Perception subjective d'un handicap — Anomalie physique n'occasionnant aucune limitation fonctionnelle — Quelle est la portée du motif «handicap»? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 10, 16.

QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) C. MONTRÉAL (VILLE); QUÉBEC (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE) C. BOISBRIAND (VILLE), 665.

MANDAT

Gestionnaire de portefeuille — Étendue du mandat et moment où il prend fin — Obligation du client de minimiser les dommages.

LAFLAMME C. PRUDENTIAL-BACHE COMMODITIES CANADA LTD., 638.

NÉGLIGENCE

Obligation de diligence — Municipalités — Inspection du bâtiment — Entrepreneur engagé par le propriétaire d'une maison afin d'y faire des rénovations — Propriétaire au fait de la nécessité de se procurer un permis de construction afin d'obtenir l'inspection des travaux — Acceptation par le propriétaire du conseil de l'entrepreneur de commencer les travaux avant l'obtention du permis — Travaux partiellement terminés au moment de

NÉGLIGENCE—Fin

l'obtention du permis — Impossibilité pour les inspecteurs en bâtiment d'inspecter un élément essentiel des travaux — Acceptation par les inspecteurs des assurances données par l'entrepreneur quant à la conformité de cet ouvrage aux exigences du code du bâtiment — Ouvrage affecté de vices — Propriétaire tenu de faire effectuer d'importantes réparations — Action intentée par le propriétaire contre la municipalité pour inspection négligente — La municipalité était-elle tenue à une obligation de diligence envers le propriétaire dans l'exécution de l'inspection? — La conduite du propriétaire a-t-elle eu pour effet de dégager la municipalité de tout ou partie de sa responsabilité?

INGLES C. TUTKALUK CONSTRUCTION LTD., 298.

PRATIQUE

1. Cour suprême du Canada — Nouveaux éléments de preuve — Requête en production de nouveaux éléments de preuve relativement à un fait législatif — Applicabilité du critère traditionnel concernant la recevabilité de nouveaux éléments de preuve — Exigences du critère non respectées — Manque de diligence dans la production des nouveaux éléments de preuve — Absence de lien précis entre ces nouveaux éléments et les allégations qu'ils sont censés appuyer — Nouveaux éléments non susceptibles d'influencer le résultat — Requête rejetée.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 44.

2. Cour suprême du Canada — Nouveaux éléments de preuve — Diligence raisonnable — Une requête en production de nouveaux éléments de preuve ne peut être justifiée uniquement par le fait qu'une nouvelle décision judiciaire vient rendre pertinente une preuve qui était disponible au moment du procès.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 44.

3. Cour suprême du Canada — Nouveaux éléments de preuve — Requéérants demandant à produire de nouveaux éléments de preuve relativement à un fait législatif — Requête contestée — Éléments de preuve controversés — L'équité commande que les requéérants précisent ce qu'ils entendent établir au moyen des nouveaux éléments de preuve et lesquels parmi ces éléments seront invoqués au soutien de leur thèse — Ces précisions permettent au tribunal de mieux évaluer l'importance et la valeur probante des nouveaux éléments de preuve, en plus de permettre aux avocats de la partie adverse de déterminer dans quelle mesure ces nouveaux éléments prêtent à la controverse — La requête en production de nouveaux éléments de preuve devrait être accompagnée de l'ébauche des paragraphes qui seront intégrés au mémoire, avec références à l'appui, si la requête est accueillie.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 44.

PREUVE

Nouveaux éléments de preuve — Requête en production de nouveaux éléments de preuve relativement à un fait législatif — Le concept de «fait législatif» ne peut être invoqué pour présenter au tribunal un élément de preuve controversé sans donner la possibilité d'en contester la véracité.

PUBLIC SCHOOL BOARDS' ASSN. OF ALBERTA C. ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL), 44.

RELATIONS DE TRAVAIL

Syndicats — Droits du successeur — Vente d'une entreprise — Ville commençant à exploiter elle-même son réseau de transport en commun après avoir résilié le contrat conclu à ce sujet avec une compagnie de transport — Travailleurs affectés aux activités de transport en commun licenciés par la compagnie — Ville embauchant un nombre important de travailleurs licenciés — Commission des relations de travail de l'Ontario concluant qu'il y a eu vente d'une entreprise au sens de la disposition relative à l'obligation du successeur contenue dans la Loi sur les relations de travail — L'interprétation que la Commission a donnée à la disposition relative à l'obligation du successeur est-elle manifestement déraisonnable? — Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1990, ch. L.2, art. 64.

AJAX (VILLE) C. TCA, SECTION LOCALE 222, 538.

RESPONSABILITÉ CIVILE

Courtiers en valeurs mobilières — Gestionnaire de portefeuille — Non-respect du mandat — Mauvaise gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières — Moment où cesse la responsabilité du gestionnaire — Obligation du client de minimiser les dommages — Quantum des dommages.

LAFLAMME C. PRUDENTIAL-BACHE COMMODITIES CANADA LTD., 638.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Délits intentionnels — Voies de fait — Preuve — Fardeau de la preuve — Consentement — Incombe-t-il à la demanderesse de prouver l'absence de consentement?

NON-MARINE UNDERWRITERS, LLOYD'S OF LONDON C. SCALERA, 551.

SANSALONE C. WAWANESA MUTUAL INSURANCE CO., 627.

If undelivered, return COVER ONLY to:

Public Works and Government
Services Canada — Publishing
45 Sacré-Cœur Boulevard,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*

Travaux publics et Services
gouvernementaux Canada — Édition
45 boulevard Sacré-Cœur,
Hull, Québec, Canada. K1A 0S9